



Spis treści

3 ARTYKUŁY

Krystyna Pawłowicz

- 3 **Wspólnotowy dorobek prawny a standardy państwa demokratycznego**

Rudolf Ostrihansky

- 19 **Stanowienie i stosowanie prawa Unii Europejskiej – czy rzeczywiście niezgodne ze standardami państwa demokratycznego?**

Marek Kalinowski

- 34 **Płatnik jako strona stosunku podatkowoprawnego**

Piotr Zapadka

- 50 **Bankowe papiery wartościowe – dopuszczenie do obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych**

Patrycja Grzebyk

- 56 **Idea wojny sprawiedliwej – od starożytności po czasy nowożytne**

74 GŁOSA

Oktawian Nawrot

- 74 **Głosa do wyroku ETPCz z 1 kwietnia 2010 roku w sprawie S.H. i inni przeciw Austrii, skarga nr 57813/00**

88 RECENZJE

Franciszek Longchamps de Brier

- 88 **Rachunek sumienia dla historii prawa?**

Adam Szafrński

- 96 **Czy tylko wspólnota interesu?**

99 ORZECZNICTWO

Adam Pawluk

- 99 **Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne**

Paweł Wiliński

- 103 **Przegląd orzecznictwa – prawo karne**

Andrzej Skoczylas (red.), Aleksandra Czajka, Wojciech Piątek

- 106 **Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne**

Mariusz Stanik

- 109 **Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne**



Zasady składania materiałów do „Forum Prawniczego”

Redakcja „Forum Prawniczego” przyjmuje następujące teksty:

- 1) **artykuły** – materiały powinny mieć objętość do 60 000 znaków. Do artykułu powinno być dołączone krótkie streszczenie w języku angielskim (maksymalnie 1500 znaków).
- 2) **recenzje** – powinny dotyczyć publikacji, które ukazały się nie wcześniej niż rok (w przypadku publikacji polskich) lub dwa lata (w przypadku publikacji zagranicznych) przed oddaniem recenzji do redakcji. Recenzje powinny mieć objętość do 9000 znaków.
- 3) **głosy** – powinny dotyczyć orzeczeń, które w istotny sposób rozwijają lub zmieniają dotychczasową linię orzecznictwa, a także orzeczeń podejmujących problemy dotychczas nie stanowiące przedmiotu zainteresowania judykatury. Głosy powinny mieć objętość do 30 000 znaków.

Prosimy także o dołączenie zdjęcia oraz krótkiej notki biograficznej o autorze (imię i nazwisko, stopień i tytuły naukowe oraz zawodowe, dorobek naukowy, zajmowane stanowiska).

Materiały należy przysyłać w formie elektronicznej na adres: forumprawnicze@park.pl.

Teksty składane do redakcji podlegają wewnętrznej procedurze oceny, po zakończeniu której autor otrzymuje decyzję o przyjęciu albo odrzuceniu tekstu.

WYDAWCA

Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.
ul. Świętojerska 5/7
00-236 Warszawa

ParkPrawo

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący: prof. Cezary Mik
prof. Zbigniew Cieślak
prof. Wojciech Dajczak
prof. Tomasz Giaro
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérrier
prof. Małgorzata Korzycka-Iwanow
prof. Jarosław Majewski
prof. Marek Michalski
prof. Artur Nowak-Far
prof. Aurelia Nowicka
prof. Krystyna Pawłowicz
prof. Jerzy Pisuliński
prof. Michał Romanowski
prof. Grażyna Skąpska
prof. Andrzej Skoczył
prof. Bogdan Szlachta
prof. Piotr Tuleja
ks. prof. Krzysztof Warchałowski
prof. Paweł Wiliński

ZESPÓŁ REDAKCYJNY

Redaktor naczelny: prof. Lech Morawski
Redaktor prowadzący: prof. Wojciech Dajczak
ks. prof. Franciszek Longchamps de Bérrier
prof. Piotr Tuleja
dr Michał Królikowski
dr Marcin Romanowski
dr Adam Szafranski

SEKRETARZ NAUKOWY REDAKCJI

dr Michał Królikowski

SEKRETARZ REDAKCJI

Krzysztof Szczucki

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Korekta: Magdalena Gałuszka
Marta Czarnik
Skład: Editio, Pruszków, www.editio.eu
Koordynacja: Marta Pawlus
Projekt graficzny: item:grafika
Redaktor graficzny: Igor Banaszewski
Przekład streszczeń: Anna Paszek

ADRES REDAKCJI

Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.
Redakcja Ogólnoedukacyjna i Prawnicza
ul. Mieszka I 38, 43-300 Bielsko-Biała
tel./faks: (33) 822 90 90, 822 90 80
e-mail: forumprawnicze@park.pl;
poczta@park.pl

DZIAŁ SPRZEDAŻY

Wydawnictwo Szkolne PWN Sp. z o.o.
Oddział Bielsko-Biała ul. Mieszka I 38
43-300 Bielsko-Biała
tel./faks: (33) 822 97 97
e-mail: zamowienia@park.pl

PRENUMERATA

e-mail: zamowienia@park.pl
www.park.pl/forumprawnicze
Infolinia: 0 801 30 40 50
(koszt połączenia z każdego miejsca w kraju
odpowiada taryfie lokalnej)

DRUK

WAREX, Lubicz
Druk ukończono w październiku 2010 r.

Krystyna Pawłowicz

Wspólnotowy dorobek prawny a standardy państwa demokratycznego¹



**Krystyna
Pawłowicz**

Dr hab. Krystyna Pawłowicz jest profesorem nadzwyczajnym na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jest członkiem Trybunału Stanu na kadencję 2007-2011. Autorka licznych publikacji oraz opinii dla Sejmu, Senatu, Prezydenta RP i naczelných organów administracji państwowej z zakresu publicznego prawa gospodarczego, problematyki wspólnotowej, konstytucyjnej i administracyjnej.

Acquis communautaire and standards of democratic state of law

The purpose of this article is to present analysis of the EU term „acquis communautaire” and to examine - on Poland example - how contents connected with this term shaped by EU regulations, judicial decisions, literature, impact on constitutional standards, which in Poland are traditionally linked with concept of „a democratic law state”. The term „acquis communautaire” is not identical to the term „law” in a democratic state such as e.g. Poland. This term has a political character; it has no legal definition in EU or a complaint definition in literature. It contradicts „law” and its function. Its content is temporarily shaped for integration purposes and is to abrogate legal sovereignty of the member states. The term „acquis communautaire” constitutes foundation for EU structures, legal and organisational concepts which are representative for anti-democratic systems. Their purpose is to abrogate sovereignty of the member states.

Uwagi wstępne

Na mocy traktatu akcesyjnego, podpisanego 16 kwietnia 2003 roku w Atenach, z dniem 1 maja 2004 roku Polska stała się częścią

wspólnego obszaru regulacyjnego rządzącego się specyficznymi zasadami, radykalnie odmiennymi od obowiązujących konstytucyjnie na terytorium Polski przed przy-

¹ Od wejścia w życie traktatu lizbońskiego (1 XII 2009 r.) pojęcie „Wspólnot” zastąpiło terminem „Unia”, chociaż pozostała jeszcze jedna Wspólnota – EURATOM. Obecnie tytuł niniejszego artykułu mógłby brzmieć poprawnie: *Wspólnotowo-unijny dorobek prawny...* Pozostaje jednak przy dotychczasowym określeniu, gdyż wykształciło się ono w czasie istnienia Wspólnot. Traktat z Lizbony został opublikowany w Dz.U. z 2009 r., Nr 203, poz. 1569.

stąpieniem do UE. Zgodnie z dołączonym do traktatu Aktem określającym warunki przyjęcia (dalej: Akt), Polska dobrowolnie związała się „postanowieniami traktatów założycielskich i aktów przyjętych przez instytucje Wspólnot i Europejski Bank Centralny przed dniem przystąpienia; postanowienia te są stosowane w nowych państwach członkowskich zgodnie z warunkami określonymi w tych traktatach i niniejszym Akcie” (art. 2 Aktu). Polska od dnia przystąpienia jest „związana i stosuje przepisy dorobku Schengen” (art. 3 Aktu) oraz wiąże się innymi umowami i aktami, o których mówią dalsze artykuły Aktu (art. od 4 do 10).

Jak z powyższego wynika, regulacje unijne, którymi Polska się związała, tworzą zbiór niejednorodny: „postanowienia traktatów”, „akty instytucji Wspólnot i EBC”, „przepisy dorobku Schengen”, „umowy”, „konwencje”, „protokoły” zawarte przez Wspólnotę z państwami trzecimi (por. art. 6 Aktu).

oraz wspólnotowe orzecznictwo określają też terminem *acquis communautaire*.

Warto więc przyrzeć się bliżej treści pojęcia „wspólnotowy dorobek prawny”, jego relacji do pojęcia prawa oraz przedstawić wybrane ustalenia tego „dorobku” na tle standardów państwa demokratycznego, jakim konstytucyjnie jest Polska. Warto też zestawić te ustalenia z podstawowymi zasadami współpracy państw i narodów określonymi przez prawo międzynarodowe. Powstaje przy tym pytanie o legalność – w świetle treści traktatu akcesyjnego i polskiej konstytucji – stosowania się Polski w praktyce do całego wspólnotowego „dorobku prawnego”, w sytuacji, gdy konstytucja tego nie dopuszcza, a traktat takiego zobowiązania prawnego Polski nie zawiera, wspominając jedynie o postanowieniach traktatów, aktach instytucji wspólnotowych, przepisach, umowach, protokołach i konwencjach.

Skutki obowiązywania wspólnotowego systemu prawnego w każdym z państw wykazują odrębności.

Zgodnie z treścią traktatu akcesyjnego, Polska zobowiązała się więc do przestrzegania wspólnotowego prawa, tj., jak wynika z Aktu: **pisanych regulacji** (przepisów, postanowień, aktów) tzw. pierwotnych (traktatowych) i pochodnych, wydawanych przez instytucje UE na podstawie traktatów, oraz tych, które Wspólnoty zawarły z państwami trzecimi. Tylko w odniesieniu do Schengen mowa jest o jego „dorobku”, chociaż też i jego „przepisach”.

Tymczasem w powszechnej **opinii literatury, orzecznictwa i praktyki** wspólnotowej, warunkiem przystąpienia do Unii jest przyjęcie przez kandydujące państwo **całego tzw. dorobku (zasobu, osiągnięć, systemu) wspólnotowego**², które literatura

I jeszcze uwaga metodologiczna. Wiem, iż prezentowane przeze mnie poglądy spotykają się z naukowym „potępieniem” i większość środowiska prawniczego ich nie podziela, choć jednocześnie odmawia polemiki. Uważam jednakże, iż o pewnych zjawiskach należy mówić i pisać otwarcie, jasno i szczerze.

Nie jest moim zamiarem omówienie, w ramach tego ograniczonego pod względem zakresu opracowania, tytułowego zagadnienia w świetle poglądów autorów z państw członkowskich Unii, jako zjawiska ogólnego. Skutki obowiązywania wspólnotowego systemu prawnego w każdym z państw wykazują odrębności i specyfikę, znajdując odzwierciedlenie w prawie, doktrynie i orzecznictwie. Z oczywistych powodów chcę

2 Zob. np. J. Barcz, A. Michoński (oprac.), *Wybór dokumentów: Traktat Akcesyjny. Traktaty stanowiące podstawę Unii. Prawo polskie – dokumenty*, Warszawa 2003, s. 21; S. Biernat, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, (w:) J. Barcz (red.), *Prawo Unii Eu-*

ropejskiej. Zagadnienia systemowe, Warszawa 2002, s. 178; S.L. Kaleda, *Przyjęcie prawa wspólnotowego przez nowe państwo członkowskie. Zagadnienia przejściowe oraz międzyczasowe*, Warszawa 2003, s. 75.

pokazać zjawisko „wspólnotowego dorobku prawnego” na tle reguł konstytucyjnego ustroju Polski. Z tego względu nie sięgam szerzej do literatury obcej.

Z kolei polska literatura przedmiotu jest bardzo obszerna, choć w większości jednomyślna, niekrytyczna i raczej apologetyczna. Dla celów poniższej analizy wystarczające było przytoczenie tylko najbardziej reprezentatywnych, niemal akademickich poglądów literatury i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, które stanowią punkt wyjścia do własnych, odmiennych ocen autorki tego opracowania. Wierzyć należy, iż wolność wypowiedzi naukowej obejmuje też poglądy niżej przedstawione.

Wspólnotowy „dorobek prawny”

Pojęcie „wspólnotowego dorobku prawnego” (zasobu, osiągnięć, systemu itp.) nie jest prawnie jasne, ma charakter pojęcia potocznego, zbiorczego i utożsamiane jest z różnymi zakresami przedmiotowymi. Często używane jest jako równoważnik zwrotu „prawo wspólnotowe” (unijne, europejskie), w różnych przy tym kontekstach prawnych i politycznych. Rozumienie określenia „dorobku wspólnotowego” sprawia trudności także autorom specjalizującym się w zagadnieniach unijnych. Mimo bowiem powszechnego stosowania nie zostało ono zdefiniowane ani w regulacjach, ani w orzecznictwie wspólnotowym. Niemniej w doktrynie europejskiej podnoszone jest do rangi niemal **fundamentalnej zasady prawa Unii**³.

W literaturze „prawny dorobek Unii” opisywany jest np. jako „istniejący stan prawa wspólnotowego **wraz z politycznymi wytycznymi** Wspólnot (...), którego przyjęcie jest podstawowym warunkiem przedstawionym wobec przyszłych członków” (M. Herdegen)⁴. W rozumieniu innych autorów „dorobek wspólnotowy” oznacza „prawa obowiązujące w I filarze **wraz z orzecznictwem ETS**”. Pierwszy filar oparty jest zaś na dwóch traktatach – TWE i TEWEA oraz regulacjach stanowiących na ich podstawie (J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska)⁵. Jeszcze inni proponują znacznie szersze rozumienie pojęcia

„dorobek wspólnotowy”, „tak by objąć także pozostałe filary UE”. Miałoby ono więc oznaczać „całe dotychczasowe prawo UE **wraz z ukształtowanymi sposobami jego rozumienia i stosowania, polityki wspólnotowe, orzecznictwo sądowe, zwyczaje, a także wartości tkwiące u podstaw funkcjonowania UE**” (S. Biernat)⁶. Autor tego poglądu przyznaje również, że granice zwrotu „dorobek wspólnotowy” nie zawsze są wyraźne i niekiedy powstają wątpliwości co do zaliczenia pewnych aktów do tej grupy⁷.

Zakres pojęciowy zwrotu „dorobek wspólnotowy” określany jest też niekiedy znacznie wężziej i precyzyjniej niż w powyższej propozycji – jako „kategoria”, na którą składają się „traktaty, prawo wtórne (rozporządzenia, decyzje i dyrektywy), orzecznictwo Trybunału luksemburskiego oraz zawarte przez Unię umowy międzynarodowe i legislacja z nimi związana” (F. Emmert, M. Morawiecki)⁸.

W najszerszym spotykanym w literaturze znaczeniu pojęcie „dorobku prawnego” Wspólnot obejmuje „**cały system** oparty na traktatach założycielskich związany z członkostwem w UE”, lub – jeszcze ogólniej (i całkowicie prawnie niezrozumiale) – jako „**wszelkie konsekwencje** wynikające z traktatów założycielskich” (S.L. Kaleda)⁹.

Z powyższych definicji widać, iż pojęcie „prawa” w unijnej logice zostało **zastąpione** przez radykalnie szerokie, wieloznaczne zwroty i określenia bardziej dla celów Unii przydatne, jak „dorobek prawny”, „*acquis*”, czy „system” „wszelkie konsekwencje” itp. Przegląd definicji pokazuje też, iż zwrot „dorobek wspólnotowy” z pewnością nie jest tożsamy z tradycyjnym zakresem pojęcia „prawo”, przyjętym np. w polskiej konstytucji (w rozdziale o źródłach prawa). Źródłami prawa nie są przecież „wytyczne polityczne”, orzecznictwo sądów, „sposoby rozumienia i stosowania prawa”, „polityki”, „konsekwencje” itp. Wiele z tych elementów składa się natomiast na pojęcie „prawa” w systemach niedemokratycznych, np. w Polsce okresu PRL-u.

3 S.L. Kaleda, dz. cyt., s. 75–77.

4 M. Herdegen, *Prawo europejskie*, Warszawa 2004, s. 105.

5 J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej. Podręcznik dla kierunków zarządzania i administracji*, Warszawa 2008, s. 269.

6 S. Biernat, dz. cyt., s. 178.

7 Tamże, s. 178.

8 F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa – Wrocław 2002, s. 459.

9 S.L. Kaleda, dz. cyt., s. 77–78, 80. Zob. też inne koncepcje *acquis* w cyt. pracy na s. 83 i nast.

Ich celem jest uzyskiwanie – poza procedurami demokratycznymi – elastyczności i swobody w kierowaniu państwem członkowskim i w bieżącym podporządkowaniu go działaniom struktur wspólnotowych.

Zakres pojęcia „wspólnotowy dorobek prawny”, kształtowany i definiowany dość swobodnie przez literaturę, „legalizowany” jest przez integracyjną aktywność ETS, mimo że ten kluczowy w unijnej praktyce zwrot nie ma oparcia w traktatach. Poglądy doktryny wspólnotowej uzależniające członkostwo w UE od przyjęcia przez kandydujące państwo „całego dorobku”, „systemu”, „wszelkich konsekwencji wynikających z traktatów” itp. uznać więc należy za nadużycie sprzeczne z traktatami założycielskimi oraz ze sformułowaniami traktatu akcesyjnego Polski z 2003 roku, zobowiązującymi RP do przestrzegania jedynie wspólnotowych **przepisów**.

Respektowanie przez organy publiczne nie tyle prawa, ile „dorobku prawnego” UE jest też sprzeczne z polską konstytucją, która mówi o przestrzeganiu w Polsce umów międzynarodowych i „**prawa stanowionego**” przez organizację międzynarodową (art. 9 i art. 91 ust. 3 Konstytucji RP).

Nieprzestrzeganie przez państwa członkowskie, w tym Polskę, prawnego podejścia do traktatów oznacza zgodę na faktyczne i w istocie nielegalne wyzbywanie się kompetencji narodowych na rzecz podmiotów zewnętrznych.

Idea „dorobku prawnego” stała się podstawowym instrumentem podporządkowywania państw europejskich organom UE. Jest to instrument nieobjęty demokratyczną kontrolą w państwach członkowskich.

Literatura, orzecznictwo i praktyka unijna uznały też (również bez prawnej podstawy), iż przez obowiązek członka przyjęcia „całego systemu”, „wszelkich konsekwencji wynikających z traktatów”, „włączyło się ono dobrowolnie [?] do autonomicznego systemu wspólnotowego”, a to z kolei nakłada na to państwo „**obowiązek otwarcia i udostępniania [?] krajowego porządku prawnego oraz zapewnienia obowiązywania i stosowania przepisów prawnych tego systemu w krajowym porządku prawnym**”. To natomiast wiąże się, w ocenie literatury i orzecznictwa unijnego, ze „**zrzeczeniem się roszczenia [!] wyjątkowości**

[własnej – K.P.] **władzy publicznej [!]** w niektórych obszarach, których zakres i warunki działania w ich obrębie jest ustalony przez autonomiczny system wspólnotowy”¹⁰. Według S.L. Kaledy, z obowiązków tych wynika też „**nakaz** przejścia ukształtowanych sposobów rozumienia i stosowania prawa, uzgodnionych opcji dalszego rozwoju, a nawet przyjętych wartości i celów stanowiących podstawę przejmowanego systemu”. Przejście „dorobku wspólnotowego” oznacza nie tylko przejście prawa i instytucji, ale też – według logiki unijnej – **systemu politycznego, ekonomicznego oraz podstaw aksjologicznych**. Oznacza „pełną akceptację wszystkich aktualnych i potencjalnych [!] praw i obowiązków wynikających z systemu wspólnotowego”¹¹.

Żaden z powyższych nakazów i obowiązków nie wynika z treści traktatów założycielskich ani akcesyjnych. Sugestie literatury mają więc cechy swoistego zamachu na porządki prawne państw członkowskich Unii i wraz z unijnym orzecznictwem prowadzą w istocie do pozbawiania państw atrybutów ich państwowości na rzecz unijnego centrum. Z tego punktu widzenia trzeba stwierdzić, iż literatura wspólnotowa wyżej wspomnianymi poglądami szkodzi interesom suwerennego państwa.

Niektóre ustalenia „dorobku wspólnotowego” a standardy ustrojowe państwa demokratycznego

Ponieważ „dorobek wspólnotowy” służy polityce integracyjnej, której celem jest zbudowanie w Europie jednolitego, scentralizowanego, tworzonego z kompetencji państw-członków Unii nowego państwa, z pominięciem procedur demokratycznych, więc formy i treść tego „dorobku” z natury są różne od treści i środków służących celowi przeciwnemu, tj. umacnianiu suwerenności członkowskich państw narodowych.

Polska, zgodnie z art. 2 Konstytucji RP (dalej: K), jest „demokratycznym państwem prawnym”. Władza zwierzchnia w RP należy do Narodu (art. 2 K). Organy władzy publicznej działają na podstawie

¹⁰ J. Barcz, *Między Konstytucją a ponadnarodowością: Opcja integracyjna konstytucji RFN*, Warszawa 1990, s. 128–129.

¹¹ S.L. Kaleda, dz. cyt., s. 81.

i w granicach prawa (art. 7 K). Konstytucja jest najwyższym prawem RP (art. 8 ust. 1 K). Ustrój Polski opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę sądowniczą – sądy i trybunały (art. 10 K). Ograniczenia praw i wolności, w tym wolności działalności gospodarczej, są dopuszczalne tylko w drodze ustawy (art. 22 K). Rada Ministrów prowadzi politykę wewnętrzną i zagraniczną RP (art. 146 K). Rzeczpospolita strzeże niepodległości, dziedzictwa narodowego (art. 5K), możliwości suwerennego i demokratycznego stanowienia o niej (preambuła i art. 126 ust. 2 K).

Na tle tych ważniejszych reguł organizacji i funkcjonowania państwa demokratycznego widać, jak logika i zasady organizacji i funkcjonowania Wspólnot Europejskich w świetle „wspólnotowego dorobku prawnego”, czyli integracyjnej doktryny i ideologii europejskiej, od tych standardów odbiegają.

Dorobek wspólnotowy odwrócił sens zasady pomocniczości struktur organizacyjnie wyższych, zmieniając ją w jej zaprzeczenie, ustanawiając w praktyce zasadę domniemania kompetencji podmiotów zewnętrznych, unijnych, które mogą w zasadzie dowolnie i bez większych przeszkód przejmować kompetencje państw narodowych – członków UE.

Niektóre ze standardów państwa demokratycznego, w świetle wspólnotowego „dorobku”, wyglądają następująco:

1. Zasada trójpodziału władz i zwierzchnictwa władzy przedstawicielskiej, pochodzącej z demokratycznych wyborów, nad organami wykonawczymi

Parlament Europejski (PE), jedyny organ unijny pochodzący z wyborów, mimo nazwy, nie pełni funkcji parlamentu właściwej w demokracji. Nie ma samodzielnej inicjatywy prawodawczej, nie nadzoruje władz wykonawczych, nawet opinie Parlamentu Europejskiego nie mają charakteru wiążącego. Parlament Europejski jest jednym z najsłabszych organów Unii, gdyż tradycyjne kompetencje parlamentu wykonują w UE instytucje i organy wykonawcze, urzędnicze (RE, RUE, Komisja). PE z jego strukturą w ogóle nie

odpowiada podstawowym wymogom demokratycznym (F. Emmert, M. Morawiecki)¹². Można powiedzieć, że PE w ogóle nie jest żadną „władzą” w tradycyjnym rozumieniu monteskiuszowskim.

Komisja – organ wykonawczy, urzędniczy, którego skład nie pochodzi z demokratycznych wyborów, lecz politycznych nominacji – była do 1 grudnia 2009 roku, tj. do czasu wejścia w życie traktatu lizbońskiego, także głównym organem inicjatywy prawodawczej¹³. W UE nie działa podstawowa zasada systemu demokratycznego, iż „władza pochodzi od ludu”¹⁴. Komisja i Rada Europejska złożona z szefów państw i rządów (będąca najważniejszym politycznym podmiotem określającym kierunki działania UE) nie mają demokratycznej legitymacji do sprawowania funkcji władczych we Wspólnotach. Zwoleńnicy koncepcji wspólnotowych sami przyznają immanentny w tym projekcie stan tzw. deficytu demokracji. Oddanie bowiem władzy w UE organom wyłanianym w demokratycznych procedurach najprawdopodobniej doprowadziłoby do jej szybkiego upadku¹⁵. UE jest odgórną inicjatywą elit politycznych i władz wykonawczych, którym nie przyświeca stworzenie demokracji ponadnarodowej, lecz przeciwnie – „wyzwolenie się” z jej reguł, które dla realizacji polityczno-gospodarczego projektu „jednolitego obszaru” (państwa) są dysfunkcjonalne. Nie mieszczą się w logice tego celu ani w arsenale środków zmierzających do jego osiągnięcia. To nie Parlament Europejski określa i definiuje „interes” Wspólnoty, lecz Komisja, która dysponuje silnymi uprawnieniami kontrolnymi

12 F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa 1999, s. 171; J. Szymanek, *Parlamenty narodowe w procesie integracji europejskiej*, RPEiS 2008, nr 1, s. 38–39.

13 Dominującej w tych zakresach pozycji Komisji nie naruszają zmiany wprowadzone traktatem lizbońskim (1 XII 2009 r.), „wzmacniając” rolę Parlamentu Europejskiego i parlamentarów krajowych (por. np. art. 14 i 17 TUE oraz nowe Protokoły na 1 i nr 2 dołączone do TUE, TFUE i TEWEA).

14 Co przyznaje się też otwarcie w materiałach informacyjnych Komisji Wspólnot. Zob. szerzej np. K.D. Borchardt, *Wstęp do prawa Wspólnoty Europejskiej*, Luksemburg 1991, wersja polska, s. 14.

15 Może o tym świadczyć głos opinii publicznej wyrażony w kolejnych referendach w państwach członkowskich, odrzucających antydemokratyczne i centralizacyjne projekty Traktatu Konstytucyjnego UE.

i nadzorczymi nie tylko wobec instytucji WE, ale też wobec państw członkowskich. Między innymi nadzoruje stan ich budżetów, ocenia wysokość i przeznaczenie pomocy publicznej.

Z kolei Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (określony tak traktatem lizbońskim, dalej w tekście nazywany ETS), który zgodnie z nowym art. 19 TUE (powtarzającym treść dawnego art. 220 TWE) ma „zapewniać przestrzeganie prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów”, swymi działaniami znacznie wykracza poza kompetencje sądownicze (rozstrzygania sporów dotyczących stosowania traktatów). ETS w praktyce kreuje niepisane prawo wspólnotowe (tzn. ogólne zasady prawne), które sam zaliczył do tzw. prawa pierwotnego, tj. równorzędnego prawu traktatowemu. Trybunał dokonujący zmian lub uzupełnień prawa wspólnotowego uważany jest, w świetle „dorobku prawnego” (literatury), za organ prawodawczy WE¹⁶. Trybunał zresztą sam dla siebie wydedukował z traktatów taką nieistniejącą w nim funkcję, a rozwija i uzasadnia ją twórczo unijna doktryna. Kreowane przez ETS zasady (np. pierwszeństwa prawa Unii przed każdym przepisem prawa państwa członkowskiego z jego konstytucją włącznie, obowiązek życzliwej dla UE wykładni prawa krajowego czy obowiązek lojalności wobec Unii i jej interesów) są narzucane członkom jednostronnie, bezdyskusyjnie, poza kontrolą i nieodwołalnie, stając się w praktyce środkiem kształtowania faktycznego ustroju państwa europejskiego i dostosowywania go do kolejnych modyfikacji jego koncepcji.

Wspólnotowy „dorobek prawny”, a w jego ramach też sam ETS, sprzecznie ze standardami demokratycznymi przekształcił Trybunał w organ o niejasnym, mieszanym prawodawczo-sądowym charakterze, posiadający ambicje politycznego stróża i budowniczego jednolitego państwa. ETS wykonuje równocześnie dwie z trzech władz: rozstrzyga konflikty na tle regulacji Unii, ale jest też podmiotem, który sam i poza kontrolą unijne prawo (zasady prawne) stanowi. Uzupełnia ono regulacje traktatowe w jego fundamentach. Zasady ETS z czasem zmieniły sens wielu postanowień traktatowych, kierując

je przeciwko państwom członkowskim (np. poglądy ETS na tzw. złotą akcję¹⁷ czy pomoc publiczną). ETS swymi nie mieszczącymi się w tradycyjnych standardach działaniami i orzeczeniami ogranicza istotnie suwerenność państw członkowskich na rzecz decyzyjnych organów unijnych¹⁸.

Można powiedzieć, iż Unia działa w oparciu o jedną rzeczywistą superwładzę, tj. Komisję posiadającą inicjatywę prawodawczą, kompetencje wykonawcze i do rozstrzygania sporów (np. w zakresie konkurencji czy pomocy publicznej). Komisję wspierają inne podmioty wykonawczo-finansowo-prawodawcze (np. EBC) i prawodawczo-sądowe (np. ETS). Komisja w procedurach stanowienia prawa w UE działa głównie we współpracy i pod wpływem ponad trzech tysięcy grup nacisku i ponad dziesięć tysięcy lobbystów w nieprzejrzystych niedemokratycznych postępowaniach. Procesy decyzyjne w Unii wykraczają zresztą także poza procedury i zasady traktatowe. Lobbyści – powszechny w UE element trybów stanowienia prawa – wpływają także na decyzje ETS¹⁹. W Unii nie ma natomiast władzy przedstawicielskiej, prawodawczej pochodzącej z wyborów.

Władza w UE nie jest trójpodzielna, a charakter zwierzchni mają organy i podmioty urzędnicze, biurokratyczne i menedżerskie. W stosunkach państw członkowskich z Unią decydującą rolę odgrywają zaś ich rządy, tj. również władze wykonawcze, a nie parlamenty krajowe²⁰.

17 Zob. szerzej: K. Pawłowicz, *Złota akcja Skarbu Państwa jako instytucja prawa publicznego*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 2.

18 Krytyczne uwagi nt. ETS np. A. Arnall, *The European Union Court of Justice*, Oxford 1999 oraz tenże: *Zasada państwa prawnego w Unii Europejskiej* (w:) A. Arnall, D. Wincoff (red.), *Odpowiedzialność i legitymizacja Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, szczególnie s. 228 i nast. oraz wskazana tu literatura.

19 Zob. szeroko o tym: K. Michałowska-Gorywoda, *Podjęmowanie decyzji w Unii Europejskiej*, Warszawa 2002. Zob. też: P. Tosiek, *Komitologia. Szczególny rodzaj decydowania politycznego w Unii Europejskiej*, Lublin 2007. Autor omawia „komitety komitologiczne” jako podmioty decydujące o kształcie aktów wykonawczych w Unii i uznaje je za przejaw „mechanizmu wspólnotowej demokracji”. Demokracja zaś, według autora, to „system mający na celu spełnianie potrzeb obywateli” (s. 341).

20 Sytuację tę stara się zmienić wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego dotyczący zgodności traktatu lizbońskiego z niemiecką konstytucją.

16 J. Wojciechowski, *Instytucje i porządek prawny Wspólnot Europejskich*, Warszawa 1996, s. 68.

2. Zasada hierarchicznej budowy źródeł prawa

Traktaty i pozostały „dorobek wspólnotowy” nie przewidują hierarchii wspólnotowych aktów i regulacji, co odróżnia system prawny UE od reguł państwa prawa. Hierarchia źródeł prawa czyni system prawny państwa przejrzystym, obiektywizuje go, umożliwia kontrolę legalności jego stanowienia i stosowania przez organy wykonawcze oraz ochronę jednostki przez nadużyciami tych organów. W traktatach założycielskich widoczne jest dość swobodne podejście do omawianego problemu i prawa jako takiego. Artykuł 288 TFUE²¹ (d. art. 249 TWE) wymienia akty pochodne instytucji UE (rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, niewiążące zalecenia i opinie), jednak

co do formy i treści regulacje. Ogromna liczba różnorodnych dyspozycji setek różnych podmiotów tworzy nieuporządkowany zbiór, który literatura określa zwrotem *sui generis* prawo (czyli nie prawo, ale w istocie traktowane jako prawo). Literatura wspólnotowa przyznaje, iż katalog źródeł prawa pochodnego nie tworzy hierarchii, nie jest pełny i jest sprawą otwartą²³. Cechą systemu stanowienia prawa w UE jest niezwykle skomplikowanie, brak przejrzystości i zawiłość, z którymi trudno się uporać także specjalistom. Złożoność systemu prawnego Unii to również element i wyróżnik „wspólnotowego dorobku”, to przejaw zjawiska „deficytu demokracji” w Unii.

Brakowi hierarchii źródeł prawa w ramach Unii Europejskiej towarzyszy koncepcja tzw. multicen-

Cechą systemu stanowienia prawa w UE jest niezwykle skomplikowanie, brak przejrzystości i zawiłość, z którymi trudno się uporać także specjalistom.

poprzez zawarte w tym traktacie ogólnikowe klauzule, np. w art. 352 TFUE (d. art. 308 TWE²²) katalog tych form jest w praktyce nieograniczony i prawnie niejasny. Nieoznaczone bliżej podmioty unijne mogą na podstawie tego przepisu wydawać wszelkie, ich zdaniem niezbędne dla osiągnięcia „celu integracyjnego” i „realizacji interesów Wspólnoty”, niejasne

tryczności systemu prawa państwa członkowskiego²⁴, będąca także wytworem dorobku prawnego Unii, sformułowanego przez ETS, o tzw. suwerenności podzielonej. Według ETS i doktryny integracyjnej, dobrowolne zrzekanie się wykonywania suwerenności przez państwa członkowskie w różnych obszarach na rzecz organów wspólnotowych, „centrów” zewnętrznych logicznie prowadzi do występowania w jednym porządku prawnym danego państwa wielu równorzędnych źródeł prawa nietworzących układu hierarchicznego (hierarchii norm)²⁵. Multicentrycz-

21 Tytuł Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską – TWE, został traktatem lizbońskim zmieniony na: Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – TFUE.

22 Artykuł 352 TFUE: „Jeżeli działanie Unii okaże się niezbędne dla osiągnięcia, w ramach polityk określonych w Traktatach, jednego z celów, o których mowa w Traktatach, a Traktat nie przewidział uprawnień do działania wymaganego w tym celu, Rada stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, przyjmuje stosowne przepisy (...)”. W tłumaczeniu J. Barcza ostatnie słowa tego przepisu brzmią: „podejmuje właściwe działania”. Zob. J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony. Traktaty stanowiące Unię Europejską. Stan obecny oraz teksty skonsolidowane w brzmieniu Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2008, s. 260.

23 J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, dz. cyt., s. 268–269.

24 Zob. E. Łętowska, „Multicentryczność” systemu prawa i przykładnia jej przyjazna [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, L. Ogiegiel, W. Popiołek i M. Szpunar (red.), Kraków 2005, s. 1127 i nast.

25 A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, RPEiS 2007, nr 4, s. 45; W. Lang, *Wokół multicentryczności systemu prawa*, PiP 2005, nr 7, s. 95; zob. też np. A. Kustra, *Polemika*

ność pojawia się więc wobec „współlistnienia” na terytorium RP prawa wspólnotowego i prawa polskiego. Współlistnienie to nasuwa w efekcie pytanie o to, które prawo w tym całym zbiorze regulacji zwanym *corpus iuris polonici*²⁶ jest nadrzędne. Odpowiedzi w literaturze i orzecznictwie są zróżnicowane²⁷, choć wiele z nich zmierza w kierunku budowania kolejnych, sprzecznych np. z polską konstytucją teorii²⁸. Na przykład E. Łętowska krytykom multicentryczności godzącej w suwerenność państw stojących na gruncie tradycyjnych ustaleń nauki prawa zarzuca „anachronizm wizji porządku hierarchicznego ukształtowanego w pionowy, linearny sposób”²⁹. Tym samym za nowoczesną zdaje się uznawać anarchizację systemu prawnego państwa-członka Unii przez struktury unijne działające w oparciu o nieuporządkowany i niejasny zbiór urzędniczych regulacji. Odrzucenie hierarchiczności źródeł prawa i zasady ich monocentryczności godzi jednak w tradycyjne, m.in. ochronne i porządkujące, funkcje prawa w standardach demokratycznych i narusza prawa i wolności jednostek oraz suwerenność państw.

Nie można się też zgodzić z poglądem TK, iż wielocentryczność polskiego systemu prawa wynika z samej polskiej konstytucji, a szczególnie z jej art. 9³⁰. Otóż przepis ten, ani żaden inny, nic takiego nie przewiduje. Konstytucja konsekwentnie stoi na stanowisku monocentryczności polskiego systemu prawa ze zwierzchnią w nim rolą ustawy zasadniczej (art. 8 K). Przepis art. 9 K nakazujący przestrzeganie wiążącego Polskę prawa międzynarodowego dotyczy tylko wiążącego Polskę „**prawa**”, a nie „wspólnotowego dorobku” lub literatury. Nadto, przepis

art. 9 K znajduje się w konstytucji **po** przepisie art. 8 ustanawiającym, iż Konstytucja RP jest najwyższym prawem na terytorium RP, a nie współnajwyższym lub jednym z wielu elementów o randze równej przepisom zagranicznym lub niższym. Nie zmienia tego również treść art. 91 K, który nie uchyla przepisów konstytucyjnych, a dopuszczając przepisy zewnętrzne, lokuje je w hierarchicznie, nie zaś multicentrycznie zbudowanym systemie prawa co najwyżej przed ustawami. Z art. 8 i art. 9, art. 87 oraz art. 91 Konstytucji wynika monocentryczny i hierarchiczny system prawa polskiego. Polska przestrzega zaś wiążącego ją prawa międzynarodowego, ale **w ramach** polskiej konstytucji. Artykuł 9 K nie zapewnia regulacjom unijnym ani pierwszeństwa ani równorzędności z Konstytucją RP. Nie jest więc podstawą konstytucyjną dla poglądu o rzekomym afirmowaniu przez ten przepis koncepcji multicentryczności prawa polskiego. Bezkrytyczne i apologetyczne przyjmowanie przez polskie władze i literaturę ustaleń unijnego dorobku o multicentryczności doprowadziło do prezentowania w nauce prawa jako poważnego dziwaczne- go wniosku, iż „poprzez fenomen multicentryczności unaocznia się pogląd o dyskursywności prawa, czyli spojrzenie na prawo jako na dyskurs. (...) Stosowanie prawa jest dyskursem pomiędzy podmiotami tworzącymi przepis a podmiotami podejmującymi indywidualne i konkretne decyzje, w konstruowaniu których prawo stanowione jest jedynie istotnym (...), ale coraz częściej nie jedynym czynnikiem. W takim ujęciu, stosowanie prawa niejednokrotnie płynnie przechodzi w «ostatni etap» tworzenia norm i dookreślenia zasad prawnych”³¹.

Koncepcja multicentryczności jest groźna dla suwerennego państwa szczególnie w sytuacji obowiązującego w Unii poglądu ETS, iż postanowienia traktatów i akty organów Wspólnot (czyli prawo pierwotne i wtórne) „stanowią **hierarchicznie wyższą** część składową porządku prawnego obowiązującego na terytorium państwa członkowskiego” (sprawa 106/77 Simmenthal Nr 2). Według ETS oznacza to, że sądy krajowe nie mogą stosować żadnego obowiązującego (choćby poprawnie uchwalonego) przepisu państwa członkowskiego – ani późniejszego ani nawet wcześ-

wokół multicentryczności systemu prawa, PiP 2006, nr 6, s. 86, który uważa, iż „multicentryczność” systemu prawa jest „ciekawym i trafnym w swej istocie podsumowaniem pewnej tendencji współczesnych systemów prawa”, które – zdaniem A. Kalisz – „coraz mniej przypominają układ monocentryczny, a coraz bardziej konglomerat”: A. Kalisz, tamże, s. 35.

26 E. Łętowska, dz. cyt., s. 1137.

27 Por. A. Kustra, dz. cyt., s. 89.

28 A. Kustra, tamże; autorka jako przykład podaje orzeczenie TK z 11 maja 2005 r. w sprawie konstytucyjności traktatu akcesyjnego

29 E. Łętowska, dz. cyt., s. 1137.

30 or. wyrok TK z 11 maja 2005 r. dotyczący akcesji Polski do UE, K 18/04, OTK ZU z 2005 r., Nr 5^A, poz. 49.

31 A. Kalisz, dz. cyt., s. 49.

niejszego – sprzecznego z prawem wspólnotowym. Sądy krajowe nie mogą więc i nie muszą, według ETS, stosować prawa swego państwa ani czekać na jego uchylenie, ani nawet wnioskować o to, jeśli w ich subiektywnej ocenie prawo to jest sprzeczne z regulacjami unijnymi. Tak więc, w świetle wspólnotowego dorobku, sądy krajowe mogą bez udziału władzy prawodawczej (parlamentu) decydować o niestosowaniu obowiązującego prawa swego państwa!

Koncepcja tzw. wielocentryczności zaburza istotnie spójność polskiego prawa i utrudnia, a niekiedy uniemożliwia jego wykładnię i prawidłowe stosowanie.

3. Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego

Tak zwana zasada pierwszeństwa każdego przepisu prawa wspólnotowego przed każdym przepisem prawa państwa członkowskiego z jego konstytucją włącznie nie ma podstawy traktatowej (ani w dawnym TWE ani w obecnym TFUE i TUE). Nie jest wynikiem uzgodnień państw Unii, nie została nigdy przez nią ani przez społeczeństwa europejskie prawnie zaakceptowana. Regułę tę sformułował i narzucił do stosowania państwu Unii jednostronnie ETS ponad 40 lat temu i od tamtego czasu utrwał ją i twórczo rozwijał swym orzecznictwem³². „Dorobek prawny” wytwarzany zwłaszcza przez ETS szczególnie narusza standardy państwa demokratycznego, przyczyniając się w imię „integracji” europejskiej do istotnego podważania i w praktyce niszczenia dorobku nauki prawa państw europejskich. Orzeczenia i uzasadnienia niektórych wyroków tego trybunału, którym on sam bezpodstawnie nadaje rangę „zasad prawa” równych postanowieniom traktatów założycielskich, silnie podporządkowuje państwa członkowskie organom Unii. ETS w praktyce obala swymi wyrokami konstytucje tych państw, podporządkowując je „każdemu przepisowi każdego organu” unijnego. Upokarza państwa członkowskie, ustanawiając m. in. zasadę ich „lojalnej wierności Wspólnotom” czy obowiązek „życzliwej dla Unii interpretacji sprzecz-

nych z unijnymi przepisów krajowych”. Ten „dorobek” ETS-u milcząco przyjmują jednak do wykonania władze państw członkowskich, także Polski, dystansując się wobec własnej ustawy zasadniczej i w wielu obszarach – jak w przypadku Polski – po prostu jej nie respektują. Mimo iż nadal obowiązujący art. 8 Konstytucji RP mówi, iż na terytorium Polski najwyższym prawem jest polska konstytucja (a nie „każdy przepis prawa wspólnotowego”). ETS narzucił także stosowanie zasady, iż naruszenia praw podstawowych obywateli (konstytucyjnych praw i wolności) „nie mogą być oceniane za pomocą krajowych praw podstawowych”. Oczywiście podważyło to treść m.in. art. 22 polskiej Konstytucji, który dopuszcza ograniczenia wolności gospodarczej tylko w drodze ustawy (a nie np. „każdym przepisem każdego organu wspólnotowego”).

Uznając pozatraktatową zasadę pierwszeństwa prawa Unii, państwa członkowskie zgodnie z poglądami ETS, także niemającymi oparcia w traktatach, nie mogą już na swym terytorium jednostronnie uchylić prawa stanowionego przez Unię w zakresie przekazanych jej kompetencji. Tego rodzaju „dorobek” jest wymierzony bezpośrednio w suwerenność państw członkowskich. Podobnie jak – również niemający podstaw w traktatach założycielskich – pogląd ETS o tzw. suwerenności unijnej, która ma powstawać z fragmentów suwerenności przekazanych UE przez jej państwa członkowskie. Tego rodzaju opinie ETS są brzemienne w skutki prawne i polityczne sądowną uzurpacją tego trybunału.

Nie do pogodzenia ze standardami demokratycznymi i zasadami suwerennej równości i współpracy państw jest twierdzenie ETS, iż „państwa członkowskie zredukowały swe prawa suwerenne na rzecz porządku” wspólnotowego. Takie poglądy uznać należy za poważne nadużycie, a nawet rodzaj agresji przeciwko państwom członkowskim.

4. Inne ustalenia wspólnotowego „dorobku prawnego” naruszające i znoszące standardy prawa i państwa demokratycznego

A. Traktaty i literatura wspólnotowa nie definiują pojęcia „prawa”, nadając mu dowolny zakres i treść. Swobodne podejście do „prawa” widoczne jest już w nazewnictwie regulacji wspólnotowych, np. akty

32 Szczególnie w sprawach Costa v. ENEL (6/64); Administracja Finansów Publicznych v. Simmenthal (106/77), W. Wilhelm v. Federalny Urząd Kartelowy (14/68) czy Międzynarodowe Towarzystwo Handlowe v. Einfuhr (11/70).

formalne, akty nieformalne³³, instrumenty prawne, dokumenty prawne, *sui generis* prawo czy wprowadzone traktatem z Lizbony: akty, akty prawodawcze, akty nieprawodawcze itp. (por. nowy art. 290 TFUE).

Specyficzne dla logiki integracyjnej podejście do prawa przedstawia w uzasadnieniach swych wyroków ETS, dla którego forma ani wyraźna treść danego aktu prawnego nie jest najważniejsza. Trybunał przez prawo rozumie „obiektywny wzorzec wartości, a nie obowiązującą właśnie wersję prawa pierwotnego”³⁴. Powstaje tu pytanie, o jakie i czyje wartości chodzi i co oznacza, że są one „obiektywne”, w sytuacji, gdy każdy wzorzec, zwłaszcza zaś dotyczący wartości, ma charakter z istoty swej subiektywny. Konkretnie podmioty bowiem, w konkretnym subiektywnym interesie wartości wyznaczają i klasyfikują w korzystne dla swego światopoglądu wzorce³⁵. Tak kreatywnie działa też ETS,

Unijne podejście i rozumienie prawa, wyrozumiale uzasadniane przez „dorobek prawny”, tworzy podstawy do podejmowania w UE arbitralnych decyzji i do sprawowania niemal nieograniczonej władzy wobec państw członkowskich i ich obywateli. Wydaje się, iż używanie określenia „prawo” na niedemokratycznie przyjmowane przez urzędników unijnych regulacje, odbiegające formą i treścią od dotychczas uznawanych standardów, jest naukowym nadużyciem, gdyż nie ma ono podstaw w ustaleniach nauki prawa.

B. Traktaty i wspólnotowy „dorobek prawny” odrzucają w istocie reguły językowej wykładni prawa, co jest logiczną konsekwencją odejścia od tradycyjnego rozumienia i roli prawa oraz jego zhierarchizowanych form właściwych dla ustroju demokratycznego. Podstawowa jest wykładnia tzw. operatywna (dynamiczna, funkcjonalna), odpowia-

Prawo w logice unijnej jest nieprzewidywalne, spektakularnie nieprecyzyjne, niejasne i niekontrolowalne.

który subiektywnie odczytuje i wytwarza „wzorce wartości” integracyjnych i nadaje im rangę prawa. Prawo w logice unijnej jest nieprzewidywalne, spektakularnie nieprecyzyjne, niejasne i niekontrolowalne. Odpowiada mu całkowita dowolność wykładni przez podmioty wykonawcze i unijny trybunał. Doprowadziło to do wyraźnego upadku znaczenia, roli i prestiżu tradycyjnego prawa w państwach członkowskich, uchylanego aktywnością regulacyjną Unii, oraz do anarchizacji wewnętrznych systemów prawnych, „psutych” integracyjną działalnością podmiotów wspólnotowych.

dająca niesprecyzowanej koncepcji samej integracji gospodarczej, politycznej i społecznej, modyfikowanej na bieżąco i realizowanej m.in. za pomocą wspomnianych reguł interpretowania unijnych regulacji. Głównymi miernikami ich wykładni, rozstrzygania sporów i usprawiedliwieniem działań podejmowanych przez struktury UE są „interes Wspólnoty” lub „cel integracyjny”. Pojęcia te nie mają swych definicji traktatowych, nie precyzuje ich też, choć je stosuje, ETS. Trybunał nadaje im zresztą dość dowolną, nieweryfikowalną treść w swej praktyce orzeczniczej.

Wykładnia „operatywna” (dynamiczna, celowościowa) dominuje nad wykładnią „statyczną”, związaną z samym tekstem, czyli wykładnią językową. Wykładnią operatywną z kolei rządzi zasada wykładni efektywnej, zmierzającej do zagwarantowania skutecznego działania przepisów wspólnotowych. Efektywność zakłada realizację celu, a nie językowe-

33 J. Barcz, M. Górka, A. Wyrozumska, dz. cyt., s. 280.

34 Zob. wyrok ETS z 12 listopada 1969 r. w sprawie 29/69 STAUDER [1969] ECR 419.

35 Samo określenie „obiektywny wzorzec wartości” jest logicznie wewnętrznie sprzeczne i nie ma sensu. Jedynym takiego rodzaju wzorem wartości jest Dekalog, niebędący jednak wytworem myśli człowieka.

go sensu przepisu³⁶. Tym samym liczy się niejasny polityczny cel (integracyjny, interes Wspólnoty), nie zaś prawo z jego stabilizującą funkcją, zapewniającą też konieczną przewidywalność, która jest fundamentem ustrojów demokratycznych państw prawnych. Powstaje tu jednak poważny problem. Skoro, według ETS, „każdy przepis prawa wspólnotowego powinien być wykładany **w świetle celów** prawa wspólnotowego **i stanu ewolucji regulowanych stosunków w chwili zastosowania przepisu do konkretnej sprawy**”³⁷, to żaden adresat prawa wspólnotowego, nie wspominając o zwykłych obywatelach, nie jest w stanie przewidzieć kierunku wykładni unijnych przepisów. Określenie „celów prawa wspólnotowego i stanu ewolucji regulowanych stosunków” jest czynnością czysto polityczną i subiektywną. W razie sporu prawnego, w świetle takiej reguły wykładni, prawo nie pełni już swej funkcji ochronnej i porząd-

nie tylko z wyraźnego przyznania w Traktacie, ale także „w sposób dorozumiały z innych postanowień i aktów wydawanych przez instytucje Wspólnoty”. Trybunał uznał tu, iż „w każdym przypadku, gdy prawo wspólnotowe przyznało instytucjom Wspólnoty kompetencje do realizacji określonego celu, Wspólnota **ma kompetencję do działań koniecznych** do jego realizacji, nawet jeśli brak jest wyraźnych przepisów w tym względzie”³⁸. Jest to pogląd dokładnie odmienny od wyrażonego w art. 7 polskiej Konstytucji („organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”). Polski Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie dotyczącym zasady legalizmu wyraża poglądy odmienne niż ETS, m.in. iż „przepis kompetencyjny podlega zawsze ścisłej wykładni literalnej, zaś domniemanie objęcia upoważnieniem materii w nim nie wymienionych w drodze np. wykładni celowościowej nie

Określenie „celów prawa wspólnotowego i stanu ewolucji regulowanych stosunków” jest czynnością czysto polityczną i subiektywną.

kującej, pozostawiając stosującym je organom unijnym pełną swobodę doraźnego, „operatywnego” nadawania przepisom wspólnotowym dowolnej, różnej – również w podobnych sytuacjach faktycznych – treści. Unijne reguły wykładni prawa są przykładem poważnego naruszenia standardów państwa demokratycznego; świadczą jednocześnie o odrzuceniu przez wspólnotowy dorobek prawny tradycyjnych funkcji prawa. Skutkiem tego jest bezbronność jego adresatów (państw członkowskich i ich obywateli).

C. Dorobek wspólnotowy, w tym traktaty, odrzucają zasadę legalizmu działania struktur UE. Według ETS kompetencje Wspólnoty mogą wynikać

może wchodzić w rachubę”; „z zasady legalności jak również z zasady demokratycznego państwa prawa wynika jednoznaczny wniosek, że w przypadku, gdy normy prawne nie przewidują wyraźnie kompetencji organu państwowego, kompetencji tej nie wolno domniemywać i w oparciu o inną rodzajowo kompetencję przypisywać ustawodawcy zamiaru, którego nie wyraził” (np. sprawy: W 7/94; P 3/00; K 25/98; K 4/06)³⁹.

Przejawem braku respektu dla fundamentalnej w państwach prawnych zasady legalizmu działania władz publicznych jest narzucenie władzom państw

36 Szerzej: C. Mik, *Zasady wykładni prawa wspólnotowego*, (w:) C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 685–696.

37 Uzasadnienie wyroku ETS z 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 CILFIT i Lanificiodi Gavardo Sp. A przeciwko Ministerstwu Zdrowia (1982) ECR 3415.

38 Uzasadnienie wyroku ETS w sprawie 22/70 ERTA (1971) ECR 263. Tezy tego wyroku zob. W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich.. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 108 i nast.

39 O problemach tu wskazanych interesująco i trafnie pisze B. Banaszekiewicz, *Zasada pomocniczości czy europejski centralizm*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1.

członkowskich UE przez ETS i dorobek prawny Unii obowiązku tzw. prowsólnotowej, życzliwej dla integracji wykładni prawa narodowego. Polski Trybunał Konstytucyjny działając zgodnie ze sformułowaną przez ETS „zasadą lojalnej wierności Wspólnocie”, bez oporów uznał konieczność „życzliwości”, a nawet podniósł ją do rangi zasady konstytucyjnej, chociaż Konstytucja RP takiej zasady skierowanej przeciwko sobie, a m.in. przeciwko art. 8 (ustalającemu nadrzędność Konstytucji na terytorium Polski) – nigdzie nie zawiera. Mimo to Trybunał Konstytucyjny dostrzegł podstawy do „zasady przychylności procesowi integracji europejskiej i współpracy między państwami” w preambule konstytucji polskiej (jednak gdzie konkretnie – nie wiadomo) oraz w art. 9 („Rzeczpospolita przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”)40. Z przepisu art. 9 K można taką zasadę wyinterpretować, jednak dopiero po zastosowaniu zasady (nieograniczonej) życzliwości dla integracji europejskiej.

Prowsólnotowa interpretacja polskiego prawa oznacza nakaz takiej wykładni polskiego, też prawidłowo uchwalonego prawa, w tym konstytucji, w której w razie sprzeczności z przepisem polskim regulacji unijnej należy dokonać wyboru interpretacji prawa polskiego, która realizować będzie cele **wspólnotowe**. „Życzliwa” dla Unii interpretacja prawa polskiego przez Trybunał Konstytucyjny jest więc interpretacją ideologiczną, a nie prawną. W jednym ze swych wyroków polski TK poszedł dalej i dokonał wykładni polskich konstytucyjnych wzorców kontroli ustawy zgodnie ze standardami wspólnotowymi (a nie ze standardami konstytucji RP chroniącymi polskie fundamenty ustrojowe)41. Tego rodzaju działania polskich sędziów realizują „życzliwie” w pierwszym rzędzie unijne cele integracyjne, tj. interesy zewnętrzne kosztem konstytucyjnych interesów polskich. Trybunał Konstytucyjny ponad lojalność wobec polskiej konstytucji i życzliwość dla jej systemu prawnego przedkłada „lojalną wierność” celom

i interesom wspólnotowym, integracyjnym realizowanym – co logiczne – kosztem polskiego konstytucyjnego systemu prawa. Wspólnotowa zasada „lojalnej wierności” niszczy kulturę współpracy i dialogu, niweczy kulturę prawną państwa członkowskiego. Można powiedzieć, iż w szczególnie sposób także demoralizuje sędziów i cały wymiar sprawiedliwości.

Narzucona przez ETS reguła życzliwej dla Unii wykładni prawa państwa członkowskiego przez władze tego państwa zmusza je do działań dwuznacznych i prawnie wątpliwych. Na przykład polski TK stosuje **równocześnie** dwa różne standardy: w stosunkach wewnątrz Polski nakazuje władzom i organom publicznym ściśle przestrzegać standardów „demokratycznego państwa prawa”, hierarchii aktów prawnych, trójpodziału władz, zakazu stanowienia prawa przez organy wykonawcze, zasady legalizmu czy zasady porządknej legislacji. W sprawach zaś dotyczących spraw wspólnotowych, na użytek stosunków zewnętrznych Polski z UE, TK toleruje i uzasadnia reguły odwrotne, przeczące standardom demokratycznym. Polski Trybunał dopuszcza np. łamanie przez struktury wspólnotowe zasady porządknej legislacji, nie protestuje przeciw całkiem blankietowym delegacjom do tworzenia w ramach Unii przepisów dotyczących też Polski i jej obywateli. Wobec podmiotów polskich z kolei surowo instruuje i przypomina o konstytucyjnych wymogach art. 92 (nakaz precyzyjnego określenia w upoważnieniu zakresu, przedmiotu regulacji oraz uprawnionego organu). Z tego punktu widzenia orzecznictwo polskiego Trybunału Konstytucyjnego jest w całości niespójne, wewnętrznie sprzeczne, dezorientuje polskie podmioty i szkodzi systemowi prawa polskiego.

„Życzliwa” dla UE zamiast „normalnej” interpretacja prawa polskiego przez polskie organy władzy jest sprzeczna z Konstytucją RP i szkodzi interesom Polski.

D. Nie do zaakceptowania w demokratycznych standardach jest sformułowana przez ETS unijna zasada nieodwracalności przyjętych przez państwo członkowskie zobowiązań wobec UE, bez względu na sytuację wewnętrzną i zewnętrzną tego państwa, jego sytuację gospodarczą, społeczną, polityczną, jego interesy i potrzeby narodowe42.

40 Zob. np. uzasadnienie wyroku TK z 27 maja 2003 r., K 11/03, OTK ZU z 2003 r., Nr 5A, poz. 43.

41 Zob. wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., K 15/04 OTK ZU z 2004 r., Nr 4A, poz. 31. Przegląd orzecznictwa TK w omawianym zakresie – zob.: B. Banaszkiewicz, *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy”, grudzień 2005, s. 49 i nast.

42 Por. wyrok ETS z 7 lutego 1972 r. w sprawie 39/72 Komisja WE v. Włochy (1973) ECR 101–117. Zob. też: A. Wyrozumka,

E. Traktatowy i pozatraktatowy „dorobek wspólnotowy” odrzuca w praktyce wolność przedsiębiorczości, wprowadzając w to miejsce metody i techniki zarządzania gospodarką (i nie tylko tą sferą) właściwe ustrojom dawnych państw socjalistycznych. UE powróciła do prawnych sposobów centralnego kierowania, regulowania i limitowania gospodarek całego zintegrowanego obszaru Unii i je doskonalili. Liczne administracyjne ingerencje i ograniczenia działalności gospodarczej, rolnej, rybołówstwa itd. są realizacją wielu centralnych „polityk” wspólnotowych. Biurokracja unijna decyduje i kontroluje szczegółowo i rygorystycznie drobiazgowo elementy ludzkiej aktywności, np. ustanawia „paszporty” dla każdej sztuki bydła, fotografuje zagrody rolne, uprawy, nakazuje usuwać jaskółki ze stajni i hodować świnię w takt muzyki. UE ustala, że marchewka to owoc (dla Portugalii) lub wprost przeciwnie – to nie owoc, a warzywo (np. dla Polski). Unia doprowadziła do zjawiska „obrotu limitami produkcji”, „odsprzedaży kwot mlecznych”, wynagradzania za zniszczenie warsztatów pracy (rybaków za złomowanie swych sprawnych kutrów) itd. Bardzo wiele tego rodzaju działań sprzecznych jest z przepisami polskiej Konstytucji (np. art. 22), uprawniającymi władzę publiczną do ograniczeń wolności gospodarczej tylko w drodze ustawy (polskiej) i tylko ze względu na ważny (polski) interes publiczny.

Wspólnotowy dorobek prawny a zasady prawa międzynarodowego

Koncepcja integracji europejskiej, która znajduje swój wyraz w unijnych traktatach i związanym z nimi wspólnotowym dorobkiem, wykazuje poważną sprzeczność także z tradycyjnymi zasadami prawa międzynarodowego formalnie, choć już nie w praktyce, rządzącymi jeszcze w stosunkach międzynarodowych. Zasady te zostały po II wojnie światowej

przyjęte w głównych w tym zakresie aktach międzynarodowych, tj. Karcie Narodów Zjednoczonych z 1945 roku, Deklaracji Zasad Prawa Międzynarodowego dotyczącej przyjaznych stosunków i współpracy państw zgodnie z Kartą NZ z 1970 roku⁴³, potwierdzonych później w Akcie Końcowym KBWE z 1975 roku⁴⁴.

Według art. 2 ust. 1 Karty NZ – ONZ „opiera się na zasadzie suwerennej równości wszystkich swych członków”. Deklaracja ONZ z 1970 roku formułuje zasady pokojowego współistnienia suwerennych państw, których także działania integracyjne w Europie nie powinny pomijać, m.in. zasadę nieingerowania bezpośrednio lub pośrednio z jakiegokolwiek powodu w sprawy należące do jurysdykcji jakiegokolwiek państwa. Oznacza to, iż „żadnemu państwu nie wolno m.in. używać lub zachęcać do użycia gospodarczych, politycznych lub jakiegokolwiek innego rodzaju środków przymusu mających na celu podporządkowanie drugiego państwa w wykonywaniu jego suwerennych praw oraz celem zapewnienia sobie od niego jakiegokolwiek rodzaju korzyści”.

Deklaracja zobowiązuje państwa do „współdziałania” ze sobą w celu utrzymania międzynarodowego pokoju oraz popierania międzynarodowej stabilizacji gospodarczej. Współdziałanie to ma być jednak wolne od dyskryminacji opartej na różnicach politycznych, gospodarczych i społecznych ustrojów.

Stosunki między państwami winny być prowadzone zgodnie z zasadami **suwerennej równości** i nieinterwencji w dziedzinie gospodarczej, społecznej, kulturalnej, technicznej i handlowej. Zasada suwerennej równości państw oznacza zaś w świetle prawa międzynarodowego (Deklaracji ONZ), iż **wszystkie** państwa korzystają z suwerennej równości, mają **równe prawa i obowiązki** oraz są równymi członkami wspólnoty międzynarodowej, **niezależnie od różnic** gospodarczych, społecznych, politycznych lub innego rodzaju. Suwerenna równość obejmuje zwłaszcza

(w:) *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe...*, s. 286; *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej...*, s. 130. Zob. też wyroki ETS w sprawach: 26/62 Van Gend i Loos v. Holenderska Administracja Podatkowa (1963) ECR I; 6/64 F. Costa v. ENEL (1964) ECR 585; 14/68 Walt Wilhelm v. Federalny Urząd Kartelowy (1969) ECR I; 11/70 Międzynarodowe Tow. Handlowe v. Einfuhr (1970) ECR II 61; 106/77 Administracja Finansów Publicznych v. Simmenthal (1978) ECR 629.

43 Została przyjęta 24 października 1970 roku w drodze rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 2625. Zob. tłumaczenie (w:) K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, Wrocław – Warszawa 1978

44 Przyjęty na zakończenie Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie w Helsinkach i sierpnia 1975 roku. Zob. tekst (w:) *Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, Helsinki i VIII 1975 r.*, Warszawa 1980.

cza następujące składniki: państwa są równe pod względem prawnym; każde państwo korzysta z praw związanych z **pełną** suwerennością; każde państwo ma obowiązek w pełni stosować się w dobrej wierze do swych międzynarodowych zobowiązań, jednak zobowiązania te muszą być oparte na „powszechnie uznanych zasadach i regułach prawa międzynarodowego”. Deklaracja dodaje jednak także, że w razie gdy zobowiązania wynikające z międzynarodowych porozumień są sprzeczne z zobowiązaniami członków ONZ wynikającymi z Karty NZ, zobowiązania wynikające z Karty przeważają.

Akt Końcowy KBWE mocno podkreślał zaś zasadę równouprawnienia i samostanowienia narodów, które mają zawsze prawo, w warunkach pełnej wolności, określać, kiedy i jak zechcą, swój wewnętrzny i zewnętrzny status polityczny, bez ingerencji z zewnątrz, i według uznania dążyć do rozwoju gospodarczego i społecznego (pkt VIII). Państwa, według postanowień Aktu, mają rozwijać współpracę „jak równi z równymi” i popierać w ramach tej współpracy sprawy sprawiedliwości (pkt IX).

Z kolei Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów z 1969 roku⁴⁵ uznaje za nieważny traktat, który „w chwili jego zawarcia jest sprzeczny z imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego”⁴⁶. Normą taką jest m.in. zasada suwerennej równości państw, która traktatami unijnymi została odrzucona. Traktaty założycielskie UE tworzą bowiem nową, niespotykaną wcześniej konstrukcję państwa europejskiego w trakcie tworzenia, mającego prawne cechy ogromnej spółki handlowej o wybitnie nierównym statusie państw w niej uczestniczących. Zgoda na nierówny udział w tej międzynarodowej spółce jest efektem braku obecnie w Europie możliwości współpracy gospodarczej państw na zasadach równouprawnienia i suwerennej równości państw.

Państwa członkowskie, zwłaszcza Europy Środkowej i Wschodniej, które znajdują się niekiedy

w sytuacji przymusowej, poddają się woli państw silniejszych, często ze szkodą dla swych żywotnych interesów (np. ostatnio w Polsce unijne decyzje o likwidacji polskiego przemysłu stocznioowego czy radykalne ograniczenie tradycyjnych polskich dziedzin gospodarczych i produkcji rolnej).

Wnioski

1. Unijne pojęcie „dorobku prawnego”, o bliżej niesprecyzowanych granicach, zasadniczo wykracza poza pojęcie „prawa” i jego zakres określany w polskiej Konstytucji i w nauce prawa.

2. Ustalenia „wspólnotowego dorobku prawnego” podważają lub znoszą podstawowe zasady funkcjonowania państwa demokratycznego i suwerennego, jakim jest Polska

3. Polska winna stać na gruncie prawa i odmawiać w praktyce podporządkowywania się niejasnemu „dorobkowi prawnemu”, nakierowanemu na wzmacnianie struktur Unii Europejskiej i osłabianie państw członkowskich, w sytuacji gdy traktat akcesyjny zobowiązuje nasz kraj do stosowania jedynie „postanowień” traktatów, „aktów” instytucji Wspólnot i EBC, przepisów, umów, konwencji i protokołów zawartych przez Wspólnotę z Państwami trzecimi. Odrębnym problemem jest, iż wiele tych postanowień i aktów zawiera nakazy poddania się przez państwa członkowskie niedemokratycznie podejmowanym decyzjom, ograniczającym ich suwerenność i rolę parlamentów narodowych, oraz otwiera możliwości w zasadzie nieograniczonej ingerencji podmiotów unijnych w wewnętrzne sprawy państw i pozbawia je ich podmiotowości.

4. Ustalenia „dorobku wspólnotowego” tworzą pewną nową jakość, bliższą systemom niedemokratycznym, której elementy składowe wytwarzane są i pozostają poza realną kontrolą państw członkowskich. Wspólnotowy „dorobek prawny” uzasadnia jako fundamentalne takie zasady relacji między państwami, jak ich nierówność (związana z ich siłą gospodarczą, polityczną, wielkością, liczbą ludności itp.), zasadę pozbawiania państw suwerennych kompetencji w zamian za unijne środki finansowe i inne. Unijne reguły podporządkowane są głównej zasadzie integracji, czyli tworzenia jednolitego państwa na warunkach formułowanych przez państwa w Unii najsilniejsze i dominujące, tj. Niemcy i Francję.

45 Ratyfikowana przez Polskę w 1990 roku, opubl.: Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 439 i 440.

46 Jest to norma przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość. Od tej normy **żadne** odstępstwo nie jest dozwolone i może ona być zmieniona jedynie przez późniejszą normę postępowania prawa międzynarodowego o tym samym charakterze (art. 53 Konwencji).

Być może rozwój myśli wspólnotowego „dorobku” integracyjnego zostanie zahamowany i zmodyfikowany w wyniku wyroku niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (FTK) z 30 czerwca 2009 roku, który nakazał wstrzymanie procedury ratyfikacji traktatu lizbońskiego w Niemczech do czasu ustawowego zagwarantowania wpływu niemieckiego parlamentu w procedurach decyzyjnych UE oraz zapewnienia możliwości oceny legalności regulacji wspólnotowych z konstytucją niemiecką. FTK uznał też, iż dalsza integracja nie może prowadzić do utworzenia jednolitego państwa kosztem suwerenności państw członkowskich. FTK upomniał się o przywrócenie mechanizmów demokratycznych i zwierzchniej władzy parlamentów nad strukturami wykonawczymi państw członkowskich (rządami) w relacjach z Unią. Wyrok FTK jest pierwszym tak doniosłym działaniem w przywracaniu reguł demokracji i prawa we współpracy państw europejskich.

W zakończeniu należy dodać, iż traktat lizboński, który wszedł w życie 1 grudnia 2009 roku, dodatkowo pogłębił rozdział między regulacjami Unii i koncepcjami jej organizacji i funkcjonowania, składającymi się łącznie na „wspólnotowy dorobek prawny”, a systemami prawnymi ustrojów demokratycznych (m.in. Polski). Jesteśmy świadkami schyłku idei „demokratycznego państwa prawa” i jego standardów, do czego realizowanie pomysłu tworzenia jednolitego państwa europejskiego przyczynia się zasadniczo.

Wśród nowych rozwiązań wprowadzonych traktatem z Lizbony, które są sprzeczne ze standardami państwa demokratycznego, ograniczają je lub znoszą, można wymienić m.in.:

- Pogłębienie stanu nierówności państw członkowskich w ramach Unii oraz dalsze ograniczenie ich suwerenności, m.in. przez radykalne okrojenie możliwości skorzystania z prawa weta przez państwo członkowskie i ustanowienie jako zasady podejmowania decyzji przez Radę UE większością kwalifikowaną (art. 16 TUE). Spod weta wyłączono kolejnych 40 szerokich dziedzin⁴⁷, co oznacza ryzyko związania państwa członkowskiego decyzjami niekorzystnymi dla jego interesów narodowych.

Nierówność państw została pogłębiona przez dalsze umocnienie (skierowanych przeciw ich suwerenności) niedemokratycznych reguł wyboru członków Parlamentu Europejskiego, który obecnie, „po Lizbonie”, ma być „reprezentacją **obywateli Unii** (art. 14 TUE), a nie jak dotychczas reprezentacją „**przedstawicieli narodów państw** należących do Wspólnoty” (d. art. 189 TWE). Nadto, po zmianach wprowadzonych traktatem lizbońskim, reprezentacja obywateli Unii ma „charakter **degresywnie** proporcjonalny”, co z demokratycznym systemem wyborczym nie ma wiele wspólnego (por. art. 14 TUE).

- Traktat lizboński jest kolejnym etapem ograniczania suwerenności państw i narodów europejskich, gdyż centralizuje dalsze kompetencje państw członkowskich, „wywłaszczając” je różnymi sposobami z ich naturalnych działań. Dzieje się tak np. poprzez utworzenie funkcji przewodniczącego Rady Europejskiej, tzw. prezydenta UE, który „reprezentuje Unię na zewnątrz i sprawach dotyczących wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa” (art. 15 TUE), oraz utworzenie funkcji „wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa” (zob. np. art. 23 – art. 27 TUE).

- Traktat dopuścił też niedemokratyczną, naruszającą uprawnienia suwerena – Narodu i parlamentu narodowego – tzw. procedurę kładki, tj. uproszczone procedury zmiany traktatów (art. 48 ust. 7 TUE). Umożliwiają one pozatraktatowe wprowadzenie stanowienia przez Radę większością kwalifikowaną w sprawach, w których Rada według TUE lub TFUE powinna stanowić jednomyślnie. Procedura „kładki” narusza też demokratyczną zasadę równości państw w stosunkach międzynarodowych. W obecnych procedurach wyborczych i decyzyjnych w Unii Polska nie jest w stanie działać jak podmiot suwerenny. Może być zmuszana do przyjmowania niekorzystnej dla siebie woli innych państw.

- Traktat lizboński ingeruje w konstytucyjne kompetencje parlamentów narodowych, m.in. nakłada na parlamenty różne „unijne” obowiązki, terminy i powinności nieprzewidziane w konstytucjach państw członkowskich, np. w polskiej ustawie zasadniczej. Wśród nich powinność udziału (tylko) **przedstawicieli** parlamentu krajowego w „konwencie zwołanym przez przewodniczącego Rady

47 Ich pełny wykaz i podstawy prawne zestawiono (w:) J. Barcz, dz. cyt., s. 96 i n.

Europejskiej w celu zmiany w drodze głosowania postanowień traktatów” (art. 48 ust. 3 TUE).

– Traktat lizboński podtrzymał w Deklaracji nr 17, dołączonej do Aktu końcowego konferencji międzynarodowej, która przyjęła ten traktat 13 grudnia 2007 roku, pozatraktatowy pogląd ETS o pierwszeństwie prawa Unii przed prawem państwa członkowskiego z jego konstytucją włącznie, ingerujący w fundamenty polskiego konstytucyjnego systemu prawnego.

Wymienione wyżej tylko niektóre nowe regulacje traktatu lizbońskiego, będącego kolejnym elementem „wspólnotowego dorobku prawnego”, podobnie jak pozostałe postanowienia traktatu nakierowane

są na dalszą rozbudowę i umacnianie podstaw dla kolejnego etapu budowy jednolitego państwa europejskiego, określanego dziś jako Unia Europejska. Logicznie oznacza to jednocześnie etap odrzucania organizacyjnych, prawnych i aksjologicznych standardów demokracji, którymi kierują się suwerenne państwa narodowe⁴⁸, w tym Polska.

48 Obszerną analizę sprzeczności postanowień traktatu lizbońskiego z wartościami demokratycznymi, z punktu widzenia polskiej Konstytucji, zawiera wniosek z 27 listopada 2009 roku grupy posłów reprezentowanych przez posła Antoniego Macierewicza do Trybunału Konstytucyjnego, dotyczący stwierdzenia niezgodności traktatu oraz Deklaracji 17 z polską ustawą zasadniczą (wniosek udostępniony przez wnioskodawców).

Rudolf Ostrihansky

Stanowienie i stosowanie prawa Unii Europejskiej – czy rzeczywiście niezgodne ze standardami państwa demokratycznego?



Rudolf Ostrihansky

Dr Rudolf Ostrihansky jest pracownikiem Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jest współautorem kilku podręczników prawa Unii Europejskiej. Publikuje również prace w zakresie prawa międzynarodowego publicznego. Jest radcą prawnym, partnerem kancelarii Sołtyśński, Kawecki & Szlęzak (od 2008 r. jej partnerem zarządzającym).

Making and Applying the European Union Law – Is It Truly Non-compliant with the Democratic Standards?

*The publication is a polemic to the article of prof. Krystyna Pawłowicz entitled (Acquis communautaire and standards of democratic state of law). Contrary to her view, the author holds an opinion that philosophical foundations of the EU are the principles of liberal market economy. Joining the EU means not only development of the European state and society. It is a deliberate social choice to follow certain principles in law making and law abiding. The concept of an *acquis* is not contrary to the democratic standards; it is nothing more than the rules of law as interpreted and applied by the relevant EU institutions. Further the paper analyses position of the EU courts. The fact that the courts more often apply functional approach towards the law interpretation does not conflict per se with democratic principles as the same process takes place in the common law countries. The EU should not be perceived as a single state (or „a superstate”). Provisions introduced by the Treaty of Lisbon show that it should be treated as an intergovernmental organization, albeit with unusually strong regulatory powers. On the other hand, the concept of implied powers is almost absent in the EU. Division of competences among the EU institutions is a logical result of the EU structure; hence its comparison to a state is unfounded because the EU is not a state. The law-making process has a strong dimension of negotiation because the Member States retain their sovereignty. Finally, principle of the EU law supremacy over the domestic laws does not contravene rules of national or international legal order provided that the scope of the EU competence is not extended without consent of the Member States. Also the principle of sovereign equality of states is not affected by any provision of the European law.*

Niniejszy artykuł ma charakter polemiczny z publikacją prof. Krystyny Pawłowicz *Wspólnotowy dorobek prawny a standardy państwa demokratycznego*, zamieszczoną w niniejszym numerze „Forum Prawniczego” (...). Krytyczna ocena Unii Europejskiej i jej prawodawstwa przez autorkę nie jest nowością; zabierała ona głos na ten temat wielokrotnie¹, zaś powyżej przytoczona publikacja zdaje się być podsumowaniem i ustrukturyzowaniem wcześniej prezentowanych poglądów.

Polemiczny charakter tej publikacji wskazuje wprost, że nie podzielam poglądów prof. Pawłowicz zarówno na charakter tworzenia i stosowania prawa UE, jak i na rolę, jaką Unia odgrywa obecnie i do czego zmierza². Nie zmienia to jednak zasadniczego faktu, że takie publikacje są wartościowe i potrzebne z kilku powodów. Po pierwsze i podstawowe, jest niezmiernie cenne, by myśl naukowa w sferze prawoznawstwa (a więc i prawa UE w szczególności) odnosiła się do aksjologicznych przesłanek tworzenia i stosowania określonego modelu rozwiązań prawnych (a więc i społecznych) i nie ograniczała się do dogmatycznej analizy konstrukcji legislacyjnych. Po drugie, tylko poprzez krytyczne spojrzenie na funkcjonującą strukturę można dostrzec, gdzie wymagają one poprawy. Po trzecie wreszcie, problem pogodzenia prawodawstwa Unii z wymogami współczesnych standardów demokratycznych jest rzeczywistym wyzwaniem, przed którym stoją zarówno sama Unia, jej państwa członkowskie, jak i obywatele tych państw (a więc tym samym obywatele Unii). Różniąc się więc w ocenie konkretnych konstrukcji, dzielam troskę autorki o zachowanie (zdaniem autorki: raczej przywrócenie) standardów demokratycznych w Unii Europejskiej.

1 Na przykład: „Organizacja międzynarodowa” i „prawo” przez nią stanowione w świetle zasad Konstytucji RP. Kwart. Prawa Publ. 2002, nr 3, s. 53–81; *Dwugłos o wpływie prawa wspólnotowego na system państwa i prawa polskiego. Wymiana suwerenności za obietnice limitowanej rygorystycznej pomocy*. Rzeczpospolita 2003, nr 192.; *O niektórych skutkach „europelizacji” publicznego prawa gospodarczego*. Studia Iuridica 2008, nr 48, s. 185–195; *Czy polska konstytucja jest jeszcze ważna?* „Rzeczpospolita”, 25 marca 2008 r.

2 W szczególności nie znajduję przesłanek do twierdzenia, jakoby dochodziło do „budowy jednolitego państwa europejskiego” (s...).

Uwagi ogólne

Przed analizą wybranych twierdzeń autorki należy poczynić pewne uwagi o charakterze ogólnym, w celu uporządkowania pola dyskusji. Pierwszym takim zagadnieniem jest wskazanie na korzenie współczesnej Unii Europejskiej i na pewną logikę integracji wynikającą z założeń społeczno-ekonomicznych przyjętych jeszcze w latach 50. zeszłego wieku i modyfikowanych w ciągu ostatniego półwiecza. Punktem wyjścia do tworzenia ówczesnej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (a wcześniej EWWiS) była klasyczna teoria przewagi komparatywnej, zgodnie z którą eliminacja barier w wymianie towarowej między niezależnymi terytoriami przynosi korzyść podmiotom funkcjonującym na obu terytoriach³. Późniejszy rozwój integracji był tłumaczony przez różne teorie (neofunkcjonalistyczną, neorealistyczną itd.), lecz są one zgodne w identyfikowaniu liberalnych podstaw integracji.

Niezależnie od generalnego trendu eliminacji kolejnych barier utrudniających tworzenie jednolitego rynku to państwa członkowskie są obciążone misją uzgadniania szczegółowych kierunków integracji⁴. Ma to miejsce przede wszystkim podczas posiedzeń Rady Europejskiej, lecz również Rady Unii, gdzie projekty aktów prawa pochodnego są znacznie częściej przyjmowane przez konsensus niż większością głosów. Unia jest w znacznym stopniu platformą negocjacyjną, poprzez którą następuje uzgadnianie wspólnych stanowisk metodą kompromisów. To zaś, na ile interes danego państwa członkowskiego zostaje odzwierciedlony w przyjętym rozwiązaniu, zależy od różnych czynników, wśród których podstawową rolę odgrywa zbieżność interesu tego państwa członkowskiego (w danej kwestii) z interesami innych państw, a także indywidualna siła negocjacyjna tego państwa.

Członkostwo w Unii Europejskiej nie jest oczywistym etapem rozwoju państwa położonego w Europie. Jest to decyzja o charakterze podstawowego wyboru społecznego, dlatego też zwykle poprzedza ją referendum⁵. Podstawowym pytaniem, na jakie

3 A. Budnikowski, *Międzynarodowe stosunki gospodarcze*, Warszawa 2001, s. 42 i nast.

4 C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, wyd. 2, Oxford 2007, s. 16.

5 Choć o tym decyduje prawo państwa przystępującego, a nie unijne.

społeczeństwo państwa kandydującego powinno sobie odpowiedzieć, jest stosunek zbieżnych do rozbieżnych interesów tego państwa z interesami państw członkowskich (lub znacznej ich części) w dziedzinach objętych integracją europejską. Przyjęcie konkluzji, że dominują interesy rozbieżne, powinno zaowocować decyzją o pozostawianiu poza Unią Europejską lub, w przypadku państwa członkowskiego, o wystąpieniu z niej. Co prawda możliwość wystąpienia państwa z UE została zapisana wyraźnie dopiero w Traktacie z Lizbony (w art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej), lecz i w poprzednim stanie istniała przy spełnieniu pewnych warunków prawa międzynarodowego publicznego⁶. Okoliczność tę należy mieć na względzie analizując zgodność struktur UE ze standardami demokratycznymi – Unia jest dobrowolną organizacją państw członkowskich, które widzą swój interes w przynależności do niej. Nie zmieniają tego elementy przymusu zorganizowanego, które w prawie unijnym występują sporadycznie w postaci nakładania kar pieniężnych na państwa, które naruszyły zobowiązania wynikające z traktatów założycielskich (art. 260 TFUE).

Ostatnim wreszcie generalnym założeniem, które należy mieć na względzie rozpatrując stosowanie standardów demokratycznych w Unii Europejskiej, jest zasada kompetencji przyznanych. Zgodnie z art. 5 ust. 2 TUE Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie w traktatach do osiągnięcia do określonych w nich celów, zaś wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w traktatach należą do państw członkowskich.

Pojęcie *acquis* – dorobku prawnego Unii

Jednym z głównych zarzutów K. Pawłowicz wobec prawa unijnego jest operowanie pojęciem *acquis* (do niedawna: *acquis communautaire*) jako kategorią jej zdaniem odrębną (szerszą) od prawa stanowionego jedno- lub wielostronnie. Z postrzeganej przez nią dyktomii między „prawem” a „dorobkiem prawnym” wyprowadza ona m.in. wniosek, iż idea dorobku prawnego stała się podstawowym instrumentem podporządkowywania państw europejskich organom UE.

Wydaje się, że konstatacja ta wynika z pewnego nieporozumienia co do zakresu pojęcia *acquis*. Rzeczywiście, termin ten nie jest zdefiniowany w traktatach (choć pojęcie „dorobek” pojawia się w tym znaczeniu w art. 20 ust. 4 TUE, zaś np. w tekście angielskim występuje tu słowo „*acquis*”), jednak jego sens nie jest tak mglisty, jak to przedstawia autorka. Zresztą próby opisanego tego pojęcia w cytowanej w artykule literaturze pokazują jego zakres.

„Dorobek prawny” jest to ogół unijnych norm prawnych obowiązujących w danym momencie w Unii Europejskiej. Kilka elementów tego zjawiska wymaga dodatkowego komentarza. Przede wszystkim podkreślić należy różnicę między przepisem a normą. K. Pawłowicz widzi tę kwestię, gdy podkreśla, że traktat akcesyjny zobowiązał Polskę do respektowania wspólnotowych przepisów. Czy można jednak wyprowadzić z tego wniosek, że owo zobowiązanie nie odnosi się do norm jako zjawiska prawnego, które nie jest tożsame z przepisami? Czy można powiedzieć, że państwo członkowskie jest związane przepisami, lecz nie ich rozumieniem? Tu właśnie zdaje się tkwić źródło pozornej dyktomii między prawem a dorobkiem prawnym. Poprzez podkreślanie pojęcia *acquis* doktryna wskazuje, że obowiązek przestrzegania prawa dotyczy przepisów, tak jak są one rozumiane i stosowane w stosunkach prawa UE. Nie podważa tego rozumienia fakt, iż do zakresu *acquis* włączone są rozmaite akty o charakterze niewiążącym (zalecenia, konkluzje, wytyczne itp.). Nie stanowią one bowiem samodzielnego źródła uprawnień ani obowiązków, lecz proponowany przez twórców danego aktu niewiążący sposób rozumienia pewnych pojęć czy oceny pewnych zachowań. O tym, czy to rozumienie odpowiadać będzie obowiązkowi prawnemu, zadecyduje z ostateczności właściwy sąd, który będzie interpretował akt wiążący.

Dokładnie ten sam efekt można jednak osiągnąć bez odwoływania się do pojęcia „dorobku prawnego”, które tak bulwersuje autorkę. Jest niekontrowersyjne, że państwo członkowskie poprzez uzyskanie statusu członka UE zobowiązało się do przestrzegania (a także stosowania, gdzie jest to zasadne) przepisów prawa Unii Europejskiej. Często jednak dochodzi do sytuacji, gdy państwo i Komisja mają różne zdanie na temat, czy zobowiązanie to jest wypełniane. Wów-

6 O dyskusji na ten temat: M. Kenig-Witkowska, A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, wyd. 4, Warszawa 2008, s. 58–61.

czas Komisja ma uprawnienie do wszczęcia procedury opisanej w art. 258 TFUE, która może doprowadzić do wniesienia skargi w tej sprawie przeciwko państwu przed Trybunał Sprawiedliwości UE. Trybunał orzeknie wyrokiem o charakterze deklaratoryjnym, czy do naruszenia takiego zobowiązania doszło. Nie będzie rozstrzygał, czy doszło do naruszenia dorobku prawnego UE, lecz normy zawartej w traktacie założycielskim lub wydanej na jego podstawie. Jednocześnie dokona wykładni spornego przepisu, przy czym będzie korzystał z najróżniejszych wskazówek interpretacyjnych, w tym swoich wcześniejszych orzeczeń, a być może również niewiążących aktów prawa UE czy wykształconej praktyki postępowania.

Powyższy przykład wskazuje, że rozbieżność między prawem unijnym a dorobkiem prawnym jest pozorna. Poprzez odwołanie się do pojęcia *acquis* doktryna zwraca po prostu uwagę, że przy stosowa-

niem trudno mówić o kompetencji Trybunału Sprawiedliwości UE do orzekania o zgodności postępowania państw członkowskich z prawem unijnym jako o zagrożeniu czy naruszeniu ładu demokratycznego. Kompetencja ta jest wprost zapisana w TFUE i państwa członkowskie przystępując do UE (i stając się tym samym stronami TFUE) wyraźnie się na nią godzą.

Występuje natomiast inne zjawisko, które budzi niepokój komentatorów, a mianowicie znaczna swoboda Trybunału w stosowaniu wykładni funkcjonalnej (podkreśla to również K. Pawłowicz). To zagadnienie wykracza jednak zdecydowanie poza kwestię rozumienia dorobku prawnego i powinno być omówione odrębnie.

Pozycja sądów Unii Europejskiej

Badacze prawa Unii Europejskiej są zgodni, że rola sądów unijnych w wyznaczaniu kształtu prawa UE



Badacze prawa Unii Europejskiej są zgodni, że rola sądów unijnych w wyznaczaniu kształtu prawa UE jest doniosła.

waniu prawa unijnego trzeba uwzględniać okoliczności, które wpływają na jego wykładnię. Nie różni to prawa UE od prawa krajowego, w tym polskiego. Twierdzenie prof. Pawłowicz, że orzecznictwo sądów czy „sposoby rozumienia i stosowania prawa” nie są źródłami prawa, jest oczywiście prawdziwe, nie wynika jednak z tego konkluzja, że podmiot działający na podstawie prawa polskiego może odmówić wykonania wyroku sądu, powołując argument, że inaczej niż sąd rozumie przepis prawa, zaś jest związany przepisem, lecz nie jego wykładnią.

Na rozumienie „dorobku prawnego” jako prawa wraz z jego wykładnią wskazuje również inny istotny element podnoszony przez doktrynę i orzecznictwo, czyli zmienność *acquis* w czasie. Jest to charakterystyczne dla wykładni systemowej, nakazującej interpretować przepis prawa w kontekście innych przepisów, które są uchwalane, zmieniane, zastępowane innymi czy uchylane.

jest doniosła. Z. Brodecki w książce *Europa sędziów* stwierdził: „Sędziowie rozpatrujący sprawy wspólnotowe dbają o harmonijny i dynamiczny rozwój prawa europejskiego w stopniu większym, niż czyni to prawodawca”⁷. Powyższe zdanie odnosi się nie tylko do sędziów orzekających w sądach unijnych *sensu stricto*, lecz także w sądach państw członkowskich, które również bezpośrednio stosują prawo europejskie.

Twierdzenia K. Pawłowicz, że Trybunał jest organem o niejasnym, mieszanym prawodawczo-sądowym charakterze, a także że swymi nie mieszczącymi się w tradycyjnych standardach działaniami i orzeczeniami ogranicza istotnie suwerenność państw członkowskich na rzecz decyzyjnych organów unijnych, wymagają skomentowania. Pierwszą kwestią, z którą nie mogę się zgodzić, jest

⁷ Z. Brodecki (red.), *Europa sędziów*, Warszawa 2007, s. 15.

utożsamianie systemu demokratycznego z klasycznym monteskiuszowskim trójpodziałem władzy. Rola sądownictwa w państwach systemu *common law* nie odpowiada owemu podziałowi, gdzie sądy winny jedynie stosować prawo ustanowione przez prawodawcę, zajmując tym samym pasywną pozycję w procesie prawodawczym. Nie oznacza to jednak, że ustroj np. Stanów Zjednoczonych czy Australii jest *per se* niedemokratyczny.

O roli sędziego w procesie wydobywaniu kształtu normy prawnej spośród przepisów pisało tak wielu autorów, że ograniczyć się tutaj do przytoczenia rozważań R. Dworkina o powinności orzekania według zasad⁸. Sądy unijne, a zwłaszcza Trybunał, odgrywają olbrzymią rolę, jeśli chodzi o formułowanie zasad. prawa UE. Można wskazać tu choćby zasadę ochrony praw podstawowych⁹, skutku bezpośredniego¹⁰, skutku pośredniego¹¹, odpowiedzialności państwa wobec jednostki za naruszenie prawa unijnego¹², a wreszcie szeroko komentowaną przez K. Pawłowicz zasadę pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem państw członkowskich.

Trybunał wprowadzając powyższe zasady działa w celu wzmocnienia integracji europejskiej¹³, a także większej ochrony prawa jednostek wobec państw członkowskich, ale również wobec instytucji unijnych¹⁴. Należy się zastanowić, czy dokonywanie takich wyborów jest uprawnione. Sąd, by mógł właściwie spełniać swą funkcję, musi interpretować prawo i orzekać według jakiejś aksjologii. To właśnie Dworkin nazywa orzekaniem według zasad, a nie polityki. Istotne jest więc, czy (a) Trybunał orzeka według zasad, a jeśli odpowiedź na powyższe jest

pozytywna, czy (b) te zasady są właściwe w świetle wyborów społecznych obywateli Unii Europejskiej.

Pierwsze z tych zagadnień analizuje m. in. Hartley¹⁵, który pokazuje, że sposób interpretowania prawa europejskiego oraz „aktywność sędziowska” TS różnią się w zależności od tego, czy Trybunał orzeka o relacjach wewnątrz Unii, czy też pomiędzy UE a państwami członkowskimi. Dobrą ilustracją aktywizmu sędziowskiego w pierwszej z tych sytuacji jest wyrok w sprawie *Les Verts*¹⁶. Spór ten wynikł na tle podziału przez Parlament pewnych funduszy pomiędzy partie polityczne, oficjalnie na cele kampanii informacyjnej o PE, a w rzeczywistości w celu subsydiowania przyszłej kampanii wyborczej. Podział ten faworyzował znacznie partie mające już reprezentację w PE. Francuska partia zielonych złożyła skargę do Trybunału o uchylenie aktu Parlamentu na podstawie ówczesnego art. 173 TEWG (obecnego art. 263 TFUE). Artykuł ten w brzmieniu z 1983 roku przewidywał możliwość skarg jedynie przeciwko aktom Rady i Komisji i nie wspominał nic o aktach Parlamentu. Wydawało się więc, że Trybunał powinien uznać skargę za niedopuszczalną z powodu braku jurysdykcji. Jednak uznał się on za właściwy, przy czym powołał się na ówczesny art. 164 TEWG¹⁷, który wprowadzał ogólną zasadę, że Trybunał zapewni poszanowanie prawa w interpretacji i stosowaniu Traktatu¹⁸.

Wyrok Trybunału zaprzeczał wyraźnemu brzmieniu Traktatu¹⁹. ETS uznał, że jest uprawniony do wy-

8 R. Dworkin, *Biorąc rzeczy poważnie*, przeł. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 156 i nast.

9 Np. wyrok w sprawie 4/73 J. Nold, Kohlen- und Baustoff-großhandlung przeciwko Komisji, ECR 1974, s. 491.

10 Np. wyrok w sprawie 43/75 Gabrielle Defrenne przeciwko Sabena, ECR 1976, s. 455.

11 Np. wyrok w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentación SA, ECR 1990, s. I-4135.

12 Wyrok w połączonych sprawach C-6/90 i C-9/90 Andrea Francovich i Danila Bonifazi przeciwko Włochom, ECR 1991, s. I-5357.

13 T. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, wyd. 5, Oxford 2003, s. 80.

14 Np. wyrok w sprawie 120/86 J. Mulder przeciwko Minister van Landbouw en Visserij, ECR 1988, s. 2321.

15 Hartley, dz. cyt., s. 81 i nast.

16 Sprawa 294/83 Parti écologiste „Les Verts” przeciwko Parlamentowi Europejskiemu, ECR 1986, s. 1331.

17 Obecnie odpowiada mu zakresem art. 19 ust. 1 TFUE.

18 Punkt 25 wyroku TS w sprawie *Les Verts*: Przyjęcie wykładni art. 173 traktatu wykluczającej akty Parlamentu spośród aktów podlegających zaskarżeniu byłoby niezgodne zarówno z duchem traktatu wyrażonym w art. 164, jak z ustanowionym przez ten traktat systemem. Akty wydawane przez Parlament Europejski w zakresie objętym traktatem EWG mogłyby bowiem, bez możliwości poddania ich kontroli Trybunału, naruszać kompetencje państw członkowskich lub pozostałych instytucji albo wykraczać poza zakres kompetencji wydającej je instytucji. W związku z tym należy uznać, że skarga o stwierdzenie nieważności może być skierowana przeciwko aktom Parlamentu Europejskiego mającym na celu wywołanie skutków prawnych wobec osób trzecich.

19 Podobnie T. Hartley, *European Union Law In a Global Context*, Cambridge 2004, s. 123.

pełnieniu postrzeganej przez siebie luki w systemie prawa, poprzez którą pewne akty instytucji, wywołujące skutki prawne wobec osób trzecich, pozostawały poza obszarem jakiegokolwiek kontroli sądowej. Paradoksalnie, występując w obronie mechanizmu kontroli samowoli instytucji, sam uzurpował sobie prawo, którego państwa członkowskie mu nie przyznały.

Pojawia się więc pytanie, kto i w jaki sposób może i powinien zareagować, gdy sąd najwyższy w danym systemie prawa rozszerza swą kompetencję poza ramy przyznane mu legislacją. Zagadnienie to dotyczy nie tylko Unii Europejskiej, lecz wszystkich systemów, gdzie występują sądy. Stroną, której reakcji należy się spodziewać, jest legislator. Ma on kompetencje do ponownego zdefiniowania zakresu uprawnień sądu i może przeciwstawić się (choć *a posteriori*) ekspansywnym tendencjom judykatury. Zachowanie się legislatora, przy założeniu, że rzeczywiście reprezentuje on interes społeczeństwa, w którym funkcjonuje, pokazuje, czy sąd działał zgodnie czy niezgodnie z wolą społeczeństwa i wyborami przez nie dokonywanymi.

Z tej perspektywy pointa sprawy *Les Verts* jest porażająca. Po kilku latach tekst art. 173 został zmieniony tak, że wprost przewidywał skargę o uchylenie aktów Parlamentu wywołujących skutek wobec osób trzecich. Tym samym państwa członkowskie potwierdziły, że Trybunał miał rację merytoryczną, rozszerzając swoją kompetencję (choć równocześnie przyznały, że było to formalnie wadliwe, bo inaczej nie byłoby potrzeby zmiany Traktatu).

TS nie zawsze stosował tak ekspansywną wykładnię swojej właściwości. Odmówił uznania dopuszczalności skarg podmiotów prywatnych o uchylenie rozporządzeń, wskazując, że ówczesny art. 230 TWE (obecny art. 263 TFUE) wprowadził ograniczone możliwości wnoszenia skarg przez takie osoby. Nie uznał przy tym argumentów o potrzebie zapewnienia ochrony sądowej oraz o prawie do sądu jako prawie podstawowym ujętym w Karcie Prawa Podstawowych, wskazując, że traktatowe ograniczenie legitymacji czynnej może być wzruszone tylko poprzez zmianę traktatu²⁰. Pokazuje to, że stara się

w swoim orzecznictwie wyważać interesy uczestników obrotu.

Zdaniem Hartleya, w przypadku sporów o zakres uprawnień pomiędzy instytucjami wspólnotowymi i państwami członkowskimi TS postępuje ostrożniej i formułuje twierdzenia zrazu ograniczone do danego stanu faktycznego, zaś dopiero po uzyskaniu politycznej aprobaty państw członkowskich przeistacza je w zasady prawne²¹.

Odpowiadając więc na pierwszą z kwestii postawionych powyżej można stwierdzić, że Trybunał orzeka według zasad raczej niż polityki. Natomiast odpowiedź na drugą kwestię wydaje się prostsza. Celem UE jest integracja, więc stosowanie zasad wzmacniających integrację oraz ochronę jednostek jest zasadniczo zgodne z wyborem społecznym obywateli UE.

Nie oznacza to oczywiście, że nie ma i nie może być zagrożeń dla standardów demokratycznych poprzez aktywizm sędziowski Trybunału. Powyższy przykład sprawy *Les Verts* pokazuje, że orzecznictwo Trybunału, tak samo zresztą jak każdego innego sądu, od którego orzeczeń nie ma środków odwoławczych, musi być przedmiotem krytycznego oglądu i oceny. Przykładem interwencji państw członkowskich odwracającej interpretację wysnutą przez TS jest kwestia przystąpienia Unii (dawniej: Wspólnoty) do konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 roku. Trybunał zakwestionował tę możliwość w opinii 2/94²², powołując się na brak kompetencji zawartych w Traktacie. Odpowiedzią państw członkowskich było zamieszczenie przepisu wyraźnie dopuszczającego przystąpienie najpierw w Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy, a następnie w traktacie lizbońskim.

Nie można zasadnie twierdzić, że praktyka sądów unijnych jest sama w sobie naruszeniem zasad porządku demokratycznego. Formalne kompetencje tych sądów nie odbiegają od pozycji, jaką mają sądy w państwach członkowskich. Praktyka wskazuje na większy aktywizm sędziowski od tego, do które-

w sprawie C-262/02 P Komisja przeciwko Jégo-Quéré & Cie SA, ECR, s. I-3425.

21 Hartley, *The Foundations...*, s. 81–82.

22 Opinia nr 2/94 z 28 marca 1996 r., ECR 1996, s. I-1759.

20 Wyrok w sprawie C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores przeciwko Radzie Unii Europejskiej, ECR 2002, s. I-6677 oraz

go przywykliśmy w Polsce (zwłaszcza w PRL), ale to samo w sobie nie jest ani zjawiskiem wyjątkowym²³, ani sprzecznym z ideą demokracji jako taką.

Można natomiast obawiać się, że brak kontroli politycznej nad sądami mógłby spowodować powstanie jakiejś superwładzy, która ferowałaby wyroki według własnego poczucia sprawiedliwości, z jedynie kurtuazyjnym odwoływaniem się do wartości rzeczywiste podzielanych przez społeczność, która tej władzy podlega. Przykład sprawy *Les Verts* dobitnie pokazuje, że zagrożenia porządku demokratycznego w UE nie są mrzonką. Trybunał wystąpił tu w podwójnej roli. Z jednej strony, poprzez uzurpację własnej jurysdykcji, zlikwidował stan bezkarności Parlamentu (przy czym pomysł PE faworyzowania partii w nim obecnych względem konkurentów był co najwyżej, według formuły ks. Pirożyńskiego, „moralnie obojętny”), co służyło zachowaniu standardów demokratycznych. Z drugiej strony sama uzurpacja do tychże standardów nie przystawała. Reakcja państw członkowskich pokazuje, że podjęły polityczną decyzję przyznania racji Trybunałowi w sytuacji, gdy wybór był między dwoma naruszeniami zasad demokracji. Nie zawsze jednak racja będzie po stronie Trybunału, tak jak w demokracjach parlamentarnych istnienie sądów konstytucyjnych dowodzi, że nie zawsze racja jest po stronie bezpośrednio obieralnych przedstawicieli społeczeństw.

Dodatkowym utrudnieniem kontroli legislacyjnej nad poczynaniami sądów europejskich jest negocjowany charakter prawa tak pierwotnego, jak i pochodnego. Jest paradoksem, że K. Pawłowicz, kwestionując większościowy sposób uchwalania aktów prawotwórczych w Unii, tym samym opowiada się za systemem utrudniającym legislacyjną kontrolę nad samowolą sądownictwa. Im więcej jednomyślności i prawa weta, tym trudniej jest ukrócić *quasi*-legislacyjne zapędy sądów, ponieważ państwo, któremu służy konkretny przejaw aktywizmu sędziowskiego, może przeciwstawić się legislacyjnemu skorygowaniu inicjatyw sądu.

Zgadzam się więc o tyle z prof. Pawłowicz, że musi istnieć kontrola demokratyczna nad władzą sądowniczą, natomiast nie podzielam jej poglądu, że prob-

lem ten wygląda inaczej w Unii Europejskiej niż w państwach członkowskich czy innych strukturach demokratycznych. Rola, jaką odgrywa TS w Unii, zasługuje, moim zdaniem, raczej na aprobatę niż nagannę, ale nie oznacza to bezkrytycznego akceptowania wszystkiego, co zostanie orzeczone w Luksemburgu. Odnoszę przy tym wrażenie, że ta rozbieżność ocen jest refleksem kwestii ogólniejszej – oceny, czy interes narodowy Polski i Polaków jest w przeważającej części zbieżny z interesem innych państw i społeczeństw Unii, czy też jest z nimi spreczny.

Czy celem integracji jest zbudowanie jednolitego państwa?

Kolejna krytyka funkcjonowania Unii Europejskiej wywodzi się z założenia, że celem polityki integracyjnej „jest zbudowanie w Europie jednolitego, scentralizowanego, tworzonego z kompetencji państw-członków Unii nowego państwa, z pominięciem procedur demokratycznych”. Warto zanalizować, czy założenie to jest słuszne.

Żadne z postanowień TUE ani TFUE nie wspomina o budowie jednolitego państwa europejskiego (najbliższym temu stwierdzeniem jest punkt preambuły do TUE: ZDECYDOWANI kontynuować proces tworzenia coraz ściślejszego związku między narodami Europy, w którym decyzje są podejmowane jak najbliżej obywateli, zgodnie z zasadą pomocniczości). Natomiast art. 4 ust 2 TUE stanowi: „Unia szanuje równość Państw Członkowskich wobec Traktatów, jak również ich tożsamość narodową, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego. Szanuje podstawowe funkcje państwa, zwłaszcza funkcje mające na celu zapewnienie jego integralności terytorialnej, utrzymanie porządku publicznego oraz ochronę bezpieczeństwa narodowego. W szczególności bezpieczeństwo narodowe pozostaje w zakresie wyłącznej odpowiedzialności każdego Państwa Członkowskiego”.

Jest to wyraźna deklaracja podważająca cel budowy jednolitego państwa, przynajmniej na obecnym etapie rozwoju integracji. Oczywiście można przyjąć, że mamy do czynienia ze swoistym makiawelizmem i celowym wprowadzeniem w błąd naiwnych czyteln-

²³ T. Koncewicz, *Forum Europeum*, [w:] Brodecki (red.), *Europa sędziów*, s. 25–26.

ników Traktatu, ale takie twierdzenie wymaga uargumentowania (osobiście argumentów nie znajduję), nie zaś przyjęcia jako założenia apriorycznego.

Niezależnie od powyższego stwierdzenia kluczowe dla analizy, czy mamy do czynienia z procesem budowy państwa, jest przypisanie domniemań kompetencyjnych do działania. Traktat z Lizbony po raz pierwszy uporządkował tę kwestię na poziomie prawa pierwotnego. Artykuł 5 TUE wyraźnie potwierdza owo domniemanie kompetencji dla państw członkowskich²⁴, stanowiąc w ust. 2: „Zgodnie z zasadą przyznania Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez Państwa Członkowskie w Traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów. Wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich”.

Dodatkowo art. 3 TFUE wprowadza listę dziedzin, w której Unia ma kompetencje wyłączne, a art. 4 ust. 2 zawiera wyliczenie dziedzin, w których państwa i Unia mają kompetencje dzielone. Ta druga lista nie ma charakteru wyczerpującego, ponieważ do uznania kompetencji Unii potrzebna jest szczegółowa podstawa zamieszczona w Traktacie, a art. 4 taką podstawą nie jest²⁵. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zasada „kompetencji domniemanych” występuje w prawie unijnym w węższym zakresie²⁶ niż np. w prawie organizacji międzynarodowych systemu ONZ.

Takie skonstruowanie podziału kompetencji pomiędzy Unię a państwa członkowskie utrudnia, a nawet uniemożliwia przekształcanie Unii w państwo. Gdyby więc taki cel przyświecał państwom członkowskim negocjującym Traktat z Lizbony, dlaczego wprowadzałyby do niego przytaczane powyżej postanowienia? Przecież mogły pozostawić dotychczasowy tekst lub zgoda usunąć zeń przepisy o podziale kompetencji.

Jeśli nie będziemy przypisywali instytucjom unijnym i rządom państw członkowskich nieczystych czy

wręcz demonicznych intencji, wówczas zasadnicza zmiana wprowadzona Traktatem z Lizbony jawi się jako uporządkowanie i uproszczenie mechanizmu funkcjonowania UE. Lata funkcjonowania Unii w coraz to większym składzie członkowskim i kolejne rewizje traktatów założycielskich skomplikowały bowiem ten mechanizm do tego stopnia, że stał się on słabo czytelny dla nieprofesjonalistów. Wśród materii, które należało przedstawić w sposób bardziej przystępny, była właśnie zasada kompetencji przyznanych.

Innym zagadnieniem, które zostało ujęte w Traktacie z Lizbony, a którego rozwiązanie przeczy idei budowy jednolitego państwa europejskiego, jest zniesienie dychotomii między Unią a Wspólnotą Europejską. Do grudnia 2009 roku prawnomiędzynarodowa klasyfikacja Wspólnoty Europejskiej jako organizacji międzynarodowej (międzyrządowej) była powszechnie akceptowana²⁷, natomiast charakter prawny Unii budził kontrowersje, ponieważ była ona strukturą posługującą się instytucjami wspólnotowymi dla realizacji własnych interesów (tj. II i III filaru). Mogła się więc pojawiać wątpliwość, czy aby nie mamy do czynienia z czymś w rodzaju państwa *in statu nascendi*, a przynajmniej z tworem *sui generis*, który nie mieści się w powszechnie przyjętej klasyfikacji uczestników stosunków międzynarodowych. Traktat lizboński przywrócił stan sprzed Traktatu z Maastricht, czyli pozostawił tylko dawną Wspólnotę, którą przemianował na Unię i rozszerzył jej kompetencje.

Z punktu widzenia porządku prawnomiędzynarodowego jest to krok konserwatywny. Obecna Unia jest po prostu organizacją międzynarodową, tyle że o szerokich kompetencjach. Nie należy wyciągać z tego wniosku, że struktura i funkcjonowanie Unii nie mają cech sobie tylko szczególnych ani że prawo unijne nie różni się od prawa stanowionego przez inne organizacje międzynarodowe, lecz tylko taki, że jeśli celem integracji miałyby być powstanie jednolitego państwa, to na tej drodze Traktat z Lizbony stanowi krok wstecz.

24 Przed 2009 r. także ono obowiązywało (art. 5 TWE), choć nie było tak dobitnie wyrażone.

25 Więcej o podziale kompetencji J. Barcz, *Unia Europejska na rozstajach. Traktat z Lizbony*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 130–139.

26 P. Craig, G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, wyd. 4, Oxford 2008, s. 90–93.

27 Kenig-Witkowska, dz. cyt., s. 30.

Organizacja Unii i proces stanowienia prawa

Jeżeli założenie, że należy traktować Unię Europejską jako powstające państwo, jest nieuzasadnione (a przynajmniej nie udowodnione), wówczas krytyka podziału kompetencji pomiędzy instytucjami unijnymi jako *per se* niedemokratycznego jest nietrafna.

Unia jest organizacją międzynarodową, więc podstawowa rola w tworzeniu jej prawa przypada państwom członkowskim, a nie przedstawicielom ludzi zamieszkujących terytoria państw Unii, wybranych przez nich w wyborach bezpośrednich. Oczekiwanie, że Parlament Europejski będzie głównym organem prawodawczym (czego, wydaje się, życzyłaby sobie prof. Pawłowicz), byłby olbrzymim krokiem w stronę budowy państwa europejskiego i rzeczywistym zamachem na suwerenność państw członkowskich. Prace Konwentu i konferencji międzyrządowych nie ukazywały takiego zamiaru.

Tak jak w innych organizacjach międzynarodowych to państwa członkowskie reprezentowane przez rządy mają ostateczny głos przy stanowieniu prawa. Zwykła procedura ustawodawcza²⁸ nakłada obowiązek współdziałania Rady (a więc organu międzyrządowego) i PE przy przyjmowaniu aktów prawnych, a więc Parlament może zablokować uchwalenie określonego aktu, ale nie może go przeforsować przy sprzeciwie Rady. Pojawiła się natomiast możliwość przyjmowania aktów ustawodawczych w specjalnej procedurze ustawodawczej przez Parlament z udziałem Rady (art. 289 TFUE).

Przyjmowanie aktów przez Radę jest przede wszystkim procesem negocjacyjnym. Przebieg procesu legislacyjnego od grup roboczych poprzez COREPER do posiedzenia Rady sprawia, że akty są przyjmowane często bez formalnego głosowania, ponieważ ich kształt został uzgodniony na wcześniejszym etapie²⁹. Oczywiście liczba głosów w Radzie ma duże znaczenie, ponieważ jest jednym z czynników stanowiących o sile negocjacyjnej danego państwa, choć nie jest to czynnik jedyny. Negocjacyjny

charakter stanowienia prawa jest cechą charakterystyczną prawa międzynarodowego i trudno stosować do takiego procesu kryteria demokratycznego porządku prawnego dla państw.

To prawda, że system stanowienia prawa unijnego jest hybrydowy, ponieważ inicjatywa prawodawcza należy do Komisji (z nielicznymi wyjątkami), a więc do uchwalenia aktu prawnego w zwykłej procedurze ustawodawczej potrzebne jest współdziałanie organu międzyrządowego (Rady), organu pochodzącego z powszechnych wyborów (Parlamentu) i organu niezależnego od państw członkowskich, chociaż za twierdzonego przez Parlament (Komisji). Rada dysponuje mechanizmami nakazującymi Komisji podjęcie działań, które z kolei mogą doprowadzić do zgłoszenia propozycji przyjęcia aktu w danej dziedzinie, chociaż Rada nie może wpływać na treść propozycji legislacyjnej przygotowywanej przez Komisję. Podczas procesu legislacyjnego rozważane są interesy Unii jako całości (poprzez działania Komisji), państw członkowskich (skupionych w Radzie), a wreszcie obywateli państw członkowskich, czyli obywateli Unii (reprezentowanych przez Parlament). Nie jest więc trafna uwaga prof. Pawłowicz, że to Komisja ma superwładzę.

Jeszcze trudniej zrozumieć twierdzenie, że funkcje władcze sprawują Rada Europejska i Komisja. Po pierwsze, jeżeli mówimy o jakiegokolwiek władzy Rady Europejskiej, to jedynie w znaczeniu politycznym, a nie prawnym, ponieważ Rada Europejska nie wydaje żadnych aktów prawodawczych³⁰. Nie stanowi ona również w zasadzie aktów o charakterze administracyjnym. Z kolei Rada Europejska operuje na zasadzie konsensusu, więc owe polityczne ustalenia muszą być aprobowane przez wszystkich szefów państw lub rządów państw członkowskich. Zarzut, że Rada Europejska nie ma demokratycznej legitymacji do sprawowania funkcji władczych, oznacza więc, że państwa na szczeblu politycznym nie powinny być reprezentowane przez ich prezydentów lub premierów (w zależności od wewnętrznego podziału kompetencji w danym państwie). Pojawia się więc pytanie, kto ma w takim razie reprezentować

28 Jej odpowiednikiem przed Traktatem z Lizbony była procedura współdecydowania.

29 Chociaż liczba przypadków głosowania większościowego stale rośnie, zob. A. Arnall i inni, *Wyatt & Dashwood's European Union Law*, wyd. 5, London 2006, s. 71.

30 „Rada Europejska nie pełni funkcji prawodawczej” (art. 15 ust. 1 TUE, zd. drugie). Z drugiej strony trzeba pamiętać, że podejmuje ona działania w tzw. procedurze kładki (art. 48 ust. 7 TUE).

państwo członkowskie jako wyraziciel interesów narodowych tego państwa? Przewodniczący parlamentu narodowego? Parlament *in corpore*? Prawo międzynarodowe publiczne przyznaje prawo wypowiedzenia się w imieniu państwa jego głowie, szefowi rządu i ministrowi spraw zagranicznych. Nie widzę podstaw do zakwestionowania tej legitymacji jako niedemokratycznej.

Być może powyższy zarzut oznacza w istocie, że szefowie rządów i państw nie reprezentują interesów swego państwa, lecz elit politycznych. Jeśli tak miałoby być, to problem tkwi nie po stronie struktury Unii Europejskiej, lecz mechanizmów politycznych w tym państwie członkowskim.

Jeżeli zaś chodzi o władzę Komisji, to wbrew twierdzeniu autorki nie przewyższa ona normalnego zakresu władzy wykonawczej w państwie demokratycznym, a zgola jest od niego sporo skromniejsza. Określenie zaś, że Komisja ma uprawnienia w zakresie rozstrzygania sporów, jest równie prawdziwe jak przypisywanie takich uprawnień np. izbom skarbowym czy Prezesowi UOKiK. Jest normalną kompetencją władzy wykonawczej, że bada ona naruszenia prawa i wydaje decyzje stwierdzające te naruszenia. Jest również normalnym standardem w państwach demokratycznych, że owe decyzje podlegają ocenie niezawisłego sądu. Nie inaczej rzecz się ma w Unii (choć nie jest to państwo). Wszelkie decyzje Komisji skierowane do oznaczonego adresata mogą być przez niego zaskarżone do Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu (w zależności od podziału właściwości między nimi), a zarzuty mogą dotyczyć naruszenia prawa materialnego w decyzji, braku kompetencji Komisji do działania, naruszenia istotnego wymogu proceduralnego, a także nadużycia uprawnień. Czy to odbiega od demokratycznych standardów?

Ponieważ w artykule, z którym polemizuję, przywołany jest przykład uprawnień kontrolnych Komisji wobec państw członkowskich w dziedzinie pomocy publicznej, posłużę się tym przykładem. Polska, przystępując w 2004 roku do Unii, wyraziła zgodę na związanie się postanowieniami traktatowymi, które obecnie brzmią³¹: „Z zastrzeżeniem innych

postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”. (art. 107 ust. 1 TFUE) „Jeśli Komisja stwierdzi, po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag, że pomoc przyznana przez Państwo lub przy użyciu zasobów państwowych nie jest zgodna z rynkiem wewnętrznym w rozumieniu artykułu 107, lub że pomoc ta jest nadużywana, decyduje o zniesieniu lub zmianie tej pomocy przez dane Państwo w terminie, który ona określa”. (art. 108 ust. 2 TFUE)

Wyraźnie więc widać, że po pierwsze Polska zgodziła się, iż pomoc publiczna jest co do zasady niedozwolona, a po drugie, że zaakceptowała, iż Komisja będzie wykonywała w tym zakresie uprawnienia kontrolne. Na pewno więc nie mamy do czynienia z niedopuszczalnym wkroczeniem przez Komisję w sferę suwerennych uprawnień Polski.

Następnie warto przeanalizować, czy ujednolicenie zasad pomocy publicznej (przez ich generalny zakaz i jednolicie interpretowane wyjątki) jest właściwym środkiem osiągnięcia celu Unii (a więc celu, dla którego Polska przystąpiła do Unii i w niej pozostaje), czyli budowy jednolitego rynku wewnętrznego. Jeśli przez rynek wewnętrzny rozumiemy organizację procesów gospodarczych, w wyniku której wszelkie towary, przedsiębiorstwa, kapitał, usługi oraz pracownicy podlegają takim samym regułom konkurencji, to możemy stwierdzić, że pozostawienie państwom członkowskim niekontrolowanego prawa do subwencjonowania przedsiębiorstw zakłócałoby konkurencję na rynku, a więc opóźniałoby (a może i niweczyło) realizację celu Unii.

Czy jednak nie byłoby wystarczające, aby zakaz pomocy publicznej był realizowany krajowymi środkami prawnymi, a więc by rygory materialnoprawne pochodziły z prawa unijnego (bo inaczej trudno mówić o stosowaniu jednolitych standardów zakazujących pomocy), natomiast środki egzekwowania tych przepisów były krajowe? Byłoby to niewątpliwie

³¹ Poprzedni tekst zawarty w art. 87 i 88 TWE różnił się tylko redakcją, bez zmian merytorycznych.

przejawem stosowania zasady pomocniczości³², a więc przekazywania na szczebel unijny tylko tyle, ile jest rzeczywiście niezbędne. Tutaj napotykamy dwojakiego rodzaju trudności. Pierwsza to swoisty stan sędziego we własnej sprawie. Państwo musiałoby samo oceniać, na ile przestrzega reguł unijnych i stosować wobec siebie sankcje za ich naruszanie. Ten problem można by jednak przezwyciężyć poprzez zapewnienie niezależności instytucji kontrolnej od administracji rządowej i przez respektowanie niezawisłości władzy sądowniczej, która musiałaby przy tym konsekwentnie przeciwstawiać się rozumieniu interesu narodowego swego państwa jako opozycyjnego do ogólnego celu budowy jednolitego rynku wewnętrznego. Byłoby to zadanie trudne, ale możliwe do osiągnięcia w państwie demokratycznym.

Drugi problem jest znacznie donioślejszy. Żaden sąd nie może interpretować i stosować przepisów prawa w oderwaniu od innych obowiązujących na tym samym terytorium. W szczególności istnieje obowiązek wykładni zgodnej z konstytucją³³. Postanowienia konstytucji państw członkowskich są zaś różne, a Unia nie ma żadnej możliwości wpływu na harmonizację konstytucji³⁴. Prowadziłoby to do powstania narodowych szkół sądowego stosowania przepisów unijnych, które w jakiejś mierze różniłyby się od siebie. Tym samym cel jednolitego stosowania zakazu pomocy publicznej (i wyjątków od niego) nie zostałby osiągnięty. Drogą wyjścia z tego impasu byłoby przyjęcie, że materialne prawo unijne, które ma być stosowane w państwie członkowskim, ma tam charakter prawa obcego, a więc powinno być interpretowane w świetle innych norm prawa unijnego, lecz z całkowitym pominięciem

przepisów prawa państwa, którego sąd o tym orzeka. Taka konstrukcja jest jednak wątpliwa ze względu na publicznoprawny charakter przepisów o pomocy publicznej, a poza tym wymagałaby wprowadzenia przez wszystkie państwa członkowskie jednolitych przepisów wewnętrznych nakazujących nie tylko traktowanie przepisów unijnych jako prawa obcego, lecz również sposób wykładni i stosowania tego prawa. Biorąc pod uwagę powyższe ograniczenia, przekazanie na szczebel unijny nie tylko rozstrzygnięć w zakresie prawa materialnego, ale i uprawnień kontrolno-orzecznich staje się koniecznością.

W tym kontekście trudno podzielić zarzut, że Komisja i Trybunał tworzą niedemokratyczny porządek prawny. Inne rozwiązania po prostu nie służą realizacji celu, do którego Unia została powołana, a po raz kolejny należy przypomnieć, że podzielenie tego celu przez państwo członkowskie jest jedyną sensowną przesłanką pozostawania w Unii.

Na marginesie powyższych rozważań należy rozprawić się z zarzutem, że decyzje unijne dotyczące polskiego przemysłu stoczniowego są ze szkodą dla żywotnych interesów Polski. Nie wnिकam tutaj, czy zaprzestanie (a właściwie ograniczenie) subsydiowania nierentownego przemysłu jest samo w sobie korzystne czy nie dla interesu gospodarczego bądź politycznego naszego kraju, bo odpowiedź wymaga przeprowadzenia analizy ekonomicznej, co należy pozostawić specjalistom z tej dziedziny (dziwi mnie natomiast kategoryczność osądu prof. Pawłowicz, nie poparta żadnym argumentem). Zwracam uwagę natomiast na inny zabieg, moim zdaniem niedopuszczalny. Otóż nie można oceniać konkretnej decyzji będącej zastosowaniem ogólnej normy bez jednoczesnego uwzględnienia, jakie inne skutki przynosi ta sama norma. Innymi słowy, dla oceny, czy stosowanie generalnego zakazu pomocy publicznej służy interesom Polski, należy również zważyć, na ile polskie przedsiębiorstwa korzystają na nie-stosowaniu tej pomocy przez inne państwa członkowskie. W skali makro polska gospodarka jest konkurencyjna w stosunku do ekonomii wielu państw członkowskich, a więc zakaz pomocy publicznej jest generalnie dla niej korzystny. Natomiast przyznając, że decyzje unijne mogą być (i zapewne są) niekorzystne dla pracowników stoczni i ich rodzin,

32 Używam tu tego określenia w znaczeniu kolokwialnym. Zasada pomocniczości *sensu stricto* nie może być stosowana do rozwiązań zamieszczonych w Traktatach.

33 L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 127 i nast., tenże, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 168 i nast.

34 Choć konieczność implementacji postanowień prawa Unii Europejskiej do prawa krajowego może skłonić ustawodawcę do zmiany konstytucji w tym celu, tak jak to nastąpiło w Polsce i niektórych innych państwach członkowskich w związku z europejskim nakazem aresztowania. Zawsze jest to jednak suwerenna decyzja państwa członkowskiego, a nie instytucji unijnej.

ale ich interesu nie należy ekstrapolować na interes narodowy.

Niezależnie od powyższych rozważań o strukturze organów unijnych trzeba przyznać, że zjawisko „deficytu demokratycznego” w Unii jest przedmiotem zainteresowania od lat 70. ubiegłego wieku i że kolejne reformy traktatów od Jednolitego Aktu Europejskiego z 1986 roku do Traktatu z Lizbony zmierzają do eliminacji owego deficytu. W tym celu wzmacniana jest pozycja Parlamentu Europejskiego przez zwiększanie jego roli w procedurach legislacyjnych (od traktatu lizbońskiego przyjmowanie aktów prawnych wspólnie przez Radę i Parlament jest regułą), a także wprowadzono zasadę pomocniczości.

Traktat z Lizbony zawiera postanowienia, które wzmacniają stosowanie tej zasady. Protokół w sprawie stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności wprowadził system nadzorowania projektów aktów

czym państwa członkowskie zostały zobowiązane do ustanowienia odpowiedniej procedury w prawie wewnętrznym, która umożliwi izbom parlamentów narodowych inicjowanie tej skargi; innymi słowy, państwo będzie musiało wnosić i popierać taką skargę, jeśli któraś z izb parlamentu tego zażąda³⁵.

Te zmiany pokazują, że problem zawłaszczania prawa unijnego przez organy biurokratyczne rzeczywiście się pojawia, tyle że nie jest on immanentną cechą systemu organizacyjnego i procedury legislacyjnej Unii Europejskiej, tylko patologią, z którą próbuje się walczyć.

Pierwszeństwo prawa unijnego

Sporo krytyki w artykule Krystyny Pawłowicz poświęcone zostało zasadzie pierwszeństwa prawa unijnego. Rzeczywiście nie jest ona zapisana w traktatach założycielskich Unii, lecz została sformułowana przez



Problem zawłaszczania prawa unijnego przez organy biurokratyczne jest patologią, z którą próbuje się walczyć.

ustawodawczych przez parlamenty narodowe państw członkowskich, które mogą przyjąć uzasadnione opinie w sprawie niezgodności projektu z zasadą pomocniczości. Jeśli liczba takich opinii przekroczy jedną trzecią głosów przyznanych parlamentom (a każdy parlament ma dwa głosy, przy czym w parlamentach dwuizbowych każda izba ma jeden głos), a w sprawach dotyczących przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości jedną czwartą, projekt wraca do Komisji w celu jego przeanalizowania. Jeśli natomiast liczba uzasadnionych opinii stanowi większość głosów, wówczas Komisja, jeśli ciągle podtrzymuje projekt, musi przedstawić własną uzasadnioną opinię w tym względzie. Opinie parlamentów są przedstawiane Parlamentowi i Radzie w toku dalszych prac (o ile projekt nie zostanie zmieniony lub wycofany).

Innym wzmocnieniem stosowania zasady pomocniczości jest wprowadzenie skargi do Trybunału na niezgodność aktu ustawodawczego z tą zasadą, przy

ETS m.in. w orzeczeniach, które autorka przytacza. Pytanie tylko, czy rzeczywiście jest to reguła narzucona państwom członkowskim. Sformułowanie „narzucenie” sugeruje, że Trybunał działa wbrew woli państw członkowskich, niejako przymuszając je do uznania pierwszeństwa prawa unijnego. Retoryka autorki potwierdza takie rozumienie, gdyż w tej części swego artykułu pisze ona również, że Trybunał „upokarza państwa członkowskie” oraz że obala ich konstytucje.

Trybunał nie jest jednak ciałem powstałym znikąd. Sędziowie TS nie są mianowani dożywotnio, lecz na kadencję sześcioletnią, a pochodzą z politycznej nominacji państw członkowskich. Zgodnie z art. 253 ak. 1 TFUE sędziowie są mianowani za wspólnym porozumieniem przez rządy państwa członkowskich. W praktyce oznacza to, że rząd każdego państwa wyznacza jednego swego obywatela, by pełnił funkcję

³⁵ Więcej na ten temat: J. Barcz, dz. cyt., s. 125–128.

sędzię. Wspomniany artykuł TFUE wprowadza jedynie wymagania, by były to osoby o niekwestionowanej niezależności, mające kwalifikacje w ich państwach do zajmowania najwyższych stanowisk sądowych lub będące prawnikami o uznanej kompetencji. Takie wymogi nie są naruszeniem standardów demokratycznych. Sędziowie powinni być niezależni od pozostałych władz, a z drugiej strony powinny istnieć jakieś mechanizmy, które zapobiegają nieskrępowanemu woluntaryzmowi sędziowskiemu. Takim sposobem jest właśnie kadencyjność. O niebezpieczeństwach systemu mianowań dożywotnich świadczy polityczna debata wybuchająca zawsze przy nominacjach do Sądu Najwyższego USA.

Sposób wyłaniania Trybunału (i pozostałych sądów unijnych) nie jest więc niezgodny ze standardami demokratycznymi, a jeżeli gdzieś upatrywać zagrożenia, to raczej w zbyt krótkiej kadencji, która może nie dawać wystarczającego poczucia niezależności od nominującego państwa (nie zetknąłem się jednak nigdzie w literaturze przedmiotu ze stwierdzeniem, że jest to rzeczywisty problem). Skoro tak, to czy rzeczywiście Trybunał orzekając m.in. o pierwszeństwie prawa unijnego, działa wbrew woli, prawom i interesom państw członkowskich? Przecież każdy rząd dotknięty takim zachowaniem (a należy mniemać, że byłyby to wszystkie rządy) wyznaczyłby na kolejną kadencję osobę wyznającą pogląd o pierwszeństwie prawa krajowego (a przynajmniej konstytucji) przed unijnym. Trudno przyjąć, że rządy *en bloc* nie reprezentują interesów narodowych swych państw (zresztą, jak pisałem wcześniej, gdyby tak było, to problem niedziałania standardów demokratycznych tkwiłby wewnątrz państw, a nie w Unii).

Jedynym logicznym wytłumaczeniem jest, że państwa (i społeczeństwa w nich żyjące) generalnie akceptują taką pozycję Trybunału i takie zasady, jakie w swym orzecznictwie proklamuje. Ustupują z pewnych swych prerogatyw, ponieważ uznają, że jest to warte korzyści, którą jest takie samo ustąpienie przez inne państwa członkowskie. To także nie jest sprzeczne z demokratycznym porządkiem prawnym³⁶.

Warto zwrócić uwagę na inne zagadnienie. Zasada pierwszeństwa prawa (wówczas) wspólnotowego została utrwalona w orzeczeniach wydanych w latach 60. i na samym początku lat 70. zeszłego wieku. W owym czasie EWG składała się z sześciu państw. Dwadzieścia jeden państw przystąpiło do niej (lub do Unii), kiedy ta zasada była stosowana. W przypadku Polski nastąpiło to 40 lat po orzeczeniu *Costa v. ENEL*. Decyzje państw o przystąpieniu musiały być podjęte ze świadomością i aprobatą zasady pierwszeństwa prawa unijnego. Można się zastanawiać, czy przystępujące państwo miało pełną wiedzę o wszelkich szczegółach prawa unijnego i organizacji Unii w momencie wyrażania zgody na związanie się tym prawem (choć taką powinność państwo miało), ale nie sposób przyjąć, że uczyniło to w nieświadomości istnienia podstawowej zasady prawa unijnego.

Można również postawić paradoksalne pytanie: czy zasada pierwszeństwa nie była istotnym elementem skłaniającym nowo przystępujące państwa do członkostwa w Unii? Taka teza tylko z pozoru wygląda absurdalnie. Bez wypracowania zasady supremacji integracja gospodarcza (w procesie integracji politycznej, czyli dawnego II i III filaru takiej zasady nie wypracowano) w obecnym kształcie nie mogłaby powstać. Skoro dla państw kandydujących członkostwo w Unii jest atrakcyjne, tym samym odpowiada im również model integracji i podstawowe narzędzia, które do tego służą. Czy więc byłoby zgodne z demokratycznym porządkiem prawnym narzucanie państwom innego modelu kształtowania wzajemnych uprawnień i zobowiązań niż ten, na który wyraziły zgodę?

Powyższe stwierdzenie nie może być odczytane jako przyznanie, że stosunek między prawem unijnym (mającym charakter norm wyższego rzędu) a krajowym (niższego rzędu) jest zwykłą relacją hierarchiczną typu *lex superior – lex interior*. To zagadnienie jest znacznie bardziej złożone, zwłaszcza w odniesieniu do norm konstytucyjnych państw członkowskich, co wynika z orzeczeń sądów konstytucyjnych państw członkowskich³⁷. Oprócz

36 Generalnie o tym zagadnieniu: K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford 2001, zwi. s. 202–207.

37 Szerzej na ten temat E. Piontek, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w orzecznictwie państwa członkowskich*, Państwo i Prawo 2009, nr 5, s. 19 i nast.

kwestii (nie) zgodności zasady pierwszeństwa prawa unijnego z demokratycznym porządkiem prawnym inne stwierdzenie autorki artykułu wymaga polemiki. Profesor Pawłowicz pisze, że państwa członkowskie nie mogą już na swoim terytorium jednostronnie uchylić prawa stanowionego przez Unię w zakresie przekazanych jej kompetencji i że jest to bezpośrednio wymierzone w suwerenność państw członkowskich. Pierwsza część powyższego twierdzenia jest prawdziwa – właśnie na tym polega przekazanie kompetencji własnych organizacji międzynarodowej. Natomiast trudno zgodzić się z zarzutem, że jest to wymierzone w suwerenność państwa przekazującego. To po prostu jest zastosowanie zasady *pacta sunt servanda*. Zresztą poza obszarem prawa europejskiego także państwa nie mogą jednostronnie zwolnić się ze swych zobowiązań międzynarodowych (o ile nie ma wyraźnego przyzwolenia w tym prawie), a odmowa stosowania się do tych zobowiązań skutkuje odpowiedzialnością prawnomiędzynarodową. Przykładowo: czy Wielka Brytania może jednostronnie odmówić stosowania umowy polsko-brytyjskiej o unikaniu podwójnego opodatkowania wobec pewnych kategorii obywateli polskich, ponieważ jest państwem suwerennym i korzysta z tego atrybutu suwerenności? Gdyby tak się zachowała, Polska miałaby prawo (a wręcz powinność wynikającą z art. 36 Konstytucji) do podniesienia roszczeń wobec tego państwa zgodnie z prawem międzynarodowym.

Nie inaczej jest w przypadku prawa unijnego. Jeśli państwo przekazało kompetencję do stanowienia przepisów w pewnej dziedzinie Unii, a następnie odmawia stosowania tych przepisów, Unia wejdzie w spór z tym państwem. Jedyną istotną różnicą jest system obowiązkowej jurysdykcji TS do rozstrzygania takich sporów.

Zasada suwerennej równości państw a Unia Europejska

Spśród wielu wątków zawartych w artykule, z których prawie każdy zasługuje na polemikę, jako ostatni chciałbym omówić ten dotyczący rzekomej niezgodności konstrukcji Unii Europejskiej z zasadami prawa międzynarodowego, a w szczególności z zasadą suwerennej równości państw.

Krystyna Pawłowicz podtrzymuje tu swą tezę o Unii jako państwie europejskim w trakcie tworzenia, która, jak pisałem wyżej, jest według mnie nieuprawniona, lecz nawet gdyby, wyłącznie dla celów argumentacji, przyjąć, że tak jest, to stosowanie zasady suwerennej równości do procesu tworzenia państwa ma sens tylko w bardzo ograniczonym zakresie. Każde państwo wyrzekające się swej suwerenności, by stać się częścią nowego państwa, musi uczynić to samodzielnie i nikt tego państwa nie może do tego przymusić. Natomiast sposób organizacji nowego państwa nie wiąże się już z wykonywaniem tej zasady. Tak więc, gdyby rzeczywiście przyjąć, że mamy do czynienia z procesem tworzenia się państwa, to naruszeniem zasady suwerennej równości byłoby stosowanie głosowania większościowego przy przekazywaniu kompetencji państw członkowskich Unii. Tak jednak nie jest, ponieważ takie przekazanie musi nastąpić w traktacie, a wszelkie zmiany traktatu wymagają zgody wszystkich państw członkowskich. Tak zwana procedura kładki (art. 48 ust. 7 TUE) nie dotyczy przekazania kompetencji ze sfery zastrzeżonej państwom członkowskim do sfery Unii, tylko w ramach kompetencji Unii zmiany sposobu podejmowania decyzji z jednomyślnego na większościowy, przy czym zmiana na wymaga jednomyślności, z prawem sprzeciwu każdego parlamentu narodowego. Niezależnie więc od tego, że jest to zmiana bardzo istotna, bo pozbawiająca każde państwo z osobna prawa skutecznego sprzeciwu, to nie dokonuje się ona wbrew woli tego państwa, które ma dwukrotnie możliwość jej zablokowania: najpierw w Radzie Europejskiej przez działanie rządu (ew. prezydenta), a następnie poprzez sprzeciw parlamentu.

Na marginesie można zauważyć, że prawo międzynarodowe nie zna konstrukcji państwa składającego się z innych państw. Jedyną znaną mi próbą forsowania takiej koncepcji były poglądy doktryny radzieckiej przedstawiające zarówno ZSRR, jak i republiki radzieckie jako państwa, nie zyskały one jednak powszechnej aprobaty poza tzw. obozem socjalistycznym.

Jeżeli patrzymy na UE jako na organizację międzynarodową, to również trudno wskazać, które konstrukcje prawne miałyby naruszać zasadę suwerennej równości. Stosowanie głosów ważonych nie jest

wyłączną cechą Unii, występuje również w Banku Światowym i Międzynarodowym Funduszu Walutowym. Podejmowanie decyzji większością głosów ma miejsce np. w Radzie Bezpieczeństwa ONZ, gdzie dodatkowo pięć państw ma wyraźnie uprzywilejowaną pozycję. Skoro te dwie cechy są do pogodzenia z przytaczaną zasadą, to nie wiem, jakie inne miały ją naruszać.

Klasyfikowanie zasady suwerennej równości jako imperatywnej normy prawa międzynarodowego nie jest wcale pewne. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, ani też żadna inna znana mi umowa międzynarodowa, nie zawierają katalogu, choćby niewyczerpującego, takich norm. Orzecznictwo międzynarodowe, w odróżnieniu od unijnego, jest raczej skąpe. Poglądy doktryny nie są akceptowane jako źródło powstania prawa, choć oczywiście są źródłem jego poznania. Normy *iuris cogentis* są wyjątkiem w prawie międzynarodowym i dlatego należy szczególnie uważnie analizować, jakie są źródła bezwzględnego charakteru danej normy³⁸.

Zakończenie

Powyższe uwagi nie są kompletnym wyliczeniem zagadnień, w których ocenie nie podzielałam poglądów Krystyny Pawłowicz. Przede wszystkim nie uważam, by niezgodność ze standardami demokratycznego porządku prawnego była immanentną cechą, która niejako jest wbudowana w konstrukcję Unii Europejskiej takiej, jaką znamy. Odwrotnie, przejawy owej niezgodności, których istnienia nie neguję, są przedmiotem reakcji państw członkowskich, które wprowadzają mechanizmy korygujące.

Patrząc na funkcjonowanie prawa UE, musimy mieć na względzie, że nie jest to prawo całkowicie osadzone w kontynentalnej tradycji tworzenia i sto-

sowania prawa, lecz że jest intelektualną syntezą systemu kontynentalnego i *common law*. Rola sądów unijnych jest niewątpliwie donioślejsza od tej, do jakiej przywykliśmy w tradycji polskiej, ale czy wykracza poza ramy charakterystyczne dla prawa angielskiego?

Kluczowym elementem działania Unii jest wola państw członkowskich, by system tworzenia prawa funkcjonował w oparciu o zasadę pierwszeństwa prawa unijnego, przy czym orzeczenia sądów konstytucyjnych państw pokazują, że nie jest to bezrefleksyjne i że państwa zachowują ostateczną kontrolę nad kierunkiem dynamicznej interpretacji prawa³⁹.

Niezależnie od powyższego, niebezpieczeństwa odejścia od standardów demokratycznych w UE rzeczywiście istnieją i dlatego niezbędna jest analiza polityczna oraz naukowa procesów decyzyjnych, aby je wychwytywać i znajdować środki korygujące. Z tego względu naukowe wypowiedzi takie, jak krytykowana w niniejszym opracowaniu, mają głęboką wartość, ponieważ prowokują do refleksji nad mechanizmami funkcjonowania Unii i do analizowania, czy jej zachowania są pod odpowiednią polityczną i instytucjonalną kontrolą.

Na zakończenie można się zastanowić, jaka Unia odpowiadałaby autorce artykułu, z którym polemizuję. Zapewne obowiązywałaby w niej zasada jednomyślności państw członkowskich, przy czym zakres aktów prawnych tak przyjętych obejmowałby jedynie poziom relacji międzypaństwowych, bez bezpośredniego regulowania prawa i obowiązków podmiotów prywatnych. Przepisy prawne tak ustanowione mogłyby być uchylane jednostronnymi działaniami poszczególnych państw (oczywiście jedynie w stosunku do nich i podmiotów pod ich władzą terytorialną), a prawo unijne było subsydiarne względem legislacji krajowej. Tylko po co komu taka Unia?

38 Shaw wskazuje, że w trakcie prac Komisji Prawa Międzynarodowego nad projektem konwencji prawa traktatów jako przykłady norm *iuris cogentis* podawano zakazy bezprawnego użycia siły, ludobójstwa, niewolnictwa i piractwa; M. Shaw, *International Law*, wyd. 5, Cambridge 2003, s. 177.

39 Zwłaszcza orzeczenie niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego w sprawie *Maastricht*, por. K. Alter, dz. cyt., s. 104 i nast.

Marek Kalinowski

Płatnik jako strona stosunku podatkowoprawnego



Marek Kalinowski

Marek Kalinowski – profesor nauk prawnych, specjalizujący się w prawie podatkowym, autor ponad 200 prac naukowych z tej dziedziny. Pracownik Katedry Prawa Finansów Publicznych UMK w Toruniu.

Taxpayer as a party of tax legal relation

A tax remitter is obliged to calculate the amount of tax to be paid, to collect it from taxpayer and to pay it on the account of tax administration. His establishment always changes tax relations between taxpayer and tax administration.

The paper presents essential problems which may appear while the tax remitter is introduced into tax relations.

The first part of the paper describes the model of tax relations between tax remitter, tax administration and taxpayer.

The second part of the paper presents some practical problems concerning the application of tax rules if the model arrangements are not considered while adopting the rules regarding the relations between the three bodies of tax relations mentioned above.

Stronami stosunków podatkowych są zazwyczaj dwie kategorie podmiotów: organy podatkowe oraz podatnicy. Stosunki między tymi dwoma podmiotami są stosunkami podstawowymi. Obok nich ustawodawca kreuje stosunki określone mianem stosunków instrumentalnych, które służą jako instrumenty właściwego ukształtowania stosunków podstawowych. Do tych ostatnich niewątpliwie

zaliczyć należy stosunki powstające w związku z wprowadzeniem między organ podatkowy a podatnika podmiotu pośredniczącego w postaci płatnika podatku.

Pojęcie „płatnika podatku” uregulowane zostało w art. 8 Ordynacji podatkowej¹. W myśl tego prze-

¹ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.

pisu, płatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, obowiązana na podstawie przepisów prawa podatkowego do obliczenia i pobrania od podatnika podatku i wpłacenia go we właściwym terminie organowi podatkowemu. W świetle powyższego unormowania, jest on podmiotem wyřeczającym zarówno organ podatkowy, jak też podatnika w procesie wymiaru i poboru podatków.

Analiza cytowanego wyżej przepisu prowadzi do wniosku, że ustanowienie płatnika podatku powinno polegać na wykreowaniu dwóch dodatkowych stosunków prawnych, pojawiających się obok podstawowego stosunku podatkowoprawnego, który łączy organ podatkowy z podatnikiem. Pierwszym z tych stosunków powinien być stosunek pomiędzy organem podatkowym i płatnikiem, drugim zaś – stosunek pomiędzy tym ostatnim podmiotem a podatnikiem.

Treścią pierwszego ze wskazanych stosunków jest obowiązek pobrania od podatnika kwoty podatku, którą ten ostatni powinien uiścić w ramach podstawowego stosunku podatkowoprawnego oraz wpłacenia jej na rachunek właściwego organu podatkowego. Natomiast treścią drugiego z tych stosunków powinno być – najogólniej rzecz biorąc – uprawnienie płatnika do pobrania od podatnika należnej kwoty podatku oraz ciążyący na podatniku korelatywny obowiązek poddania się kompetencji płatnika.

Stosunki zawiązujące się pomiędzy organem podatkowym a płatnikiem oraz między tym ostatnim podmiotem a podatnikiem są stosunkami instrumentalnymi wobec podstawowego stosunku prawnego i służą zapewnieniu jego prawidłowej realizacji. W pewnym uproszczeniu można byłoby przyjąć, iż w ich ramach płatnik jest zobowiązany wobec organu podatkowego, a jednocześnie podmiotem uprawnionym wobec podatnika.

Oba wskazane stosunki instrumentalne oraz stosunek podstawowy pozostają ze sobą w określonych powiązaniach funkcjonalnych.

Treścią stosunku prawnego, który zawiązuje się między organem podatkowym a płatnikiem, jest obowiązek pobrania od podatnika kwoty podatku, którą ten ostatni podmiot powinien uiścić w ramach podstawowego stosunku podatkowoprawnego. W jego ramach płatnik będzie zatem jedynie podmiotem

pośredniczącym między organem podatkowym a podatnikiem i będzie „wyręczał” niejako ten ostatni podmiot w wykonaniu ciążyącego na nim obowiązku zapłaty podatku.

Obowiązek płatnika wobec organu podatkowego powstanie jedynie o tyle, o ile będzie istniał obowiązek podatkowoprawny między organem podatkowym a podatnikiem, którego treścią będzie obowiązek świadczenia określonej kwoty podatku. Zatem warunkiem *sine qua non* skutecznego nałożenia na płatnika obowiązku wobec organu podatkowego, polegającego na pobraniu od podatnika kwoty podatku, będzie jednocześnie nałożenie na samego podatnika obowiązku zapłaty tego podatku. Jeśli natomiast na podatnika nie zostanie nałożony obowiązek podatkowy, zaś zostanie nałożony jedynie obowiązek na płatnika, ten ostatni obowiązek nigdy się nie zaktualizuje.

Zazwyczaj nie będzie potrzeby szczegółowego i odrębnego regulowania konstrukcji świadczenia, które ma pobrać płatnik. Tak będzie w sytuacji, w której świadczenie obciążające podatnika będzie miało identyczną konstrukcję jak świadczenie, które ma pobrać płatnik. W praktyce zdarza się, że w niektórych ustawach podatkowych obowiązki płatnika są normowane w taki sposób, jakby nie pozostawały w korelacji z obowiązkami podatnika. W szczególności dzieje się tak w wypadku, gdy na płatnika zostaje nałożony obowiązek pobrania i zapłaty zaliczek, zaś ustawa podatkowa nie stanowi wyraźnie, iż podatnik jest obowiązany sam uiścić taką zaliczkę². Oczywiście w takiej sytuacji nie można negować, iż płatnik nie ma obowiązku poboru zaliczki, gdyż obowiązek taki nie został nałożony na samego podatnika. W tej sytuacji należy przyjąć, że skoro zgodnie z określonym przepisem ustawy pobór podatku odbywa się za pośrednictwem płatnika i podmiot ten ma obowiązek pobrania od podatnika określonej kwoty i wpłacenia jej na rachunek organu podatkowego, to z mocy tego przepisu podatnik jest podmiotem obowiązany do poniesienia świadczenia. W takich wypadkach ustawodawca będzie jednak zobowiąza-

2 Taki sposób unormowania obowiązków podatnika i płatnika został przyjęty choćby na gruncie art. 31 i nast. ustawy z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U. z 2000 r., Nr 14, poz. 176 ze zm.

ny do szczegółowego unormowania zarówno samej konstrukcji świadczenia, które ma pobrać płatnik, jak i terminów jej zapłaty. Jednocześnie, ze względu na fakt, iż płatnik ma pobrać kwotę zobowiązania obciążającego podatnika, konstrukcja pobieranego przez niego świadczenia powinna „mieścić się w konstrukcji obowiązku obciążającego samego podatnika”.

Dla prawidłowego funkcjonowania instytucji płatnika należy również wykreować drugi stosunek prawny, łączący ten podmiot z podatnikiem. Jego treścią – jak wskazano wyżej – powinno być, najogólniej rzecz ujmując, uprawnienie płatnika do pobrania od podatnika należnej kwoty podatku, którego korelatem byłby obowiązek tego ostatniego podmiotu poddania się podległości kompetencji³ pierwszego z nich.

Ustalenie, jaka powinna być treść kompetencji płatnika wobec podatnika, nie może abstrahować od rodzaju relacji, w jakich pozostają te podmioty w związku ze zdarzeniem powodującym powstanie stosunku podatkowoprawnego, którego konsekwencją jest aktualizacja obowiązku płatnika.

Analiza różnych sytuacji, w których przepisy prawa podatkowego wprowadzają instytucję płatnika, prowadzi do wniosku, że często jest nim ustanawiany podmiot, który na skutek pozostawania w określonych stosunkach prawnych z podatnikiem jest jego dłużnikiem. Dzięki temu mógłby on ewentualnie potrącić z kwoty zobowiązania przysługującego temu ostatniemu podmiotowi kwotę należnego podatku⁴. W takiej sytuacji pobór podatku następowałby u źródła.

Nie zawsze jednak płatnikami ustanawiane są podmioty, wobec których podatnik nie jest wierzycielem, i nie zawsze dysponuje on kwotami, z których mógłby ewentualnie potrącić kwotę należnego zobowiązania podatkowego. W tej sytuacji pobór podatku przez płatnika może odbyć się jedynie w ten sposób, że podatnik spełni na jego rzecz należną kwotę.

W każdej z tych dwóch sytuacji układ wzajemnych praw i obowiązków podatnika i płatnika powinien być ukształtowany nieco odmiennie. W pierwszym ze wskazanych wypadków, dla zapewnienia skuteczności normie nakładającej na określoną osobę obowiązki płatnika, należałoby przyznać temu podmiotowi uprawnienie do dokonania potrącenia z kwotą wierzytelności przysługującej podatnikowi kwotę należnego podatku. Bez wyposażenia płatnika w tego rodzaju kompetencję nie mógłby on skutecznie pobrać jakiegokolwiek kwoty podatku z przysługującej od niego podatnikowi sumy wierzytelności. W tego rodzaju sytuacji, dla skutecznego pobrania przez płatnika jakiegokolwiek kwoty od podatnika, nie wystarczy bowiem obowiązywanie wynikającej z przepisów prawa podatkowego normy nakładającej na niego obowiązek płatnika, tj. obowiązku odliczenia kwoty podatku, jej pobrania i wpłacenia na rachunek organu podatkowego. Z normy tego rodzaju, która nakłada jedynie na płatnika obowiązek, nie sposób bowiem wyprowadzić normy uprawniającej płatnika do zachowania polegającego na ingerencji w sferę uprawnień majątkowych podatnika. Jeśli zatem płatnik miałby skutecznie pobrać podatek z kwoty wierzytelności przysługującej od niego podatnikowi, musiałaby obowiązywać norma nadająca mu tego rodzaju uprawnienie. Z normą taką byłby bowiem sprzężony obowiązek podatnika do znoszenia działań płatnika.

Wniosek taki jest tym bardziej uzasadniony, że najczęściej płatnicy mieliby pobierać kwotę podatku z przysługującej od nich podatnikowi wierzytelności o charakterze cywilnoprawnym. Wobec tego brak normy uprawniającej jedynie do częściowego jej spełnienia na rzecz uprawnionego oraz spełnienia jej w pozostałej części na rzecz organu podatkowego oznaczałby, że płatnik pobierający kwotę podatku z wierzytelności podatnika nie wykonałby swojego zobowiązania wynikającego z normy cywilnoprawnej.

Inaczej jeszcze muszą zostać uregulowane prawa i obowiązki płatnika w drugiej ze wskazanych wyżej sytuacji, tj. w wypadku, gdy płatnik nie jest dłużnikiem wierzyciela, a więc gdy nie zachodzi sytuacja, w której mógłby pobrać podatek z kwoty wierzytelności. W tym wypadku zachowanie płatnika zmierzające do wykonania nałożonych na niego obowiązków może

3 Termin „kompetencja” używany jest tutaj w szerokim znaczeniu, nie ograniczającym się wyłącznie do sytuacji przysługujących jedynie organom państwa.

4 Tego rodzaju sytuacje są najczęstsze, zaś paradygmatycznym wręcz przykładem jest sytuacja zakładu pracy, który obowiązany jest pobrać podatek należny od wypłacanej kwoty wynagrodzenia.

polegać jedynie na odebraniu od podatnika obliczonej kwoty podatku, która powinna zostać następnie uiszczona na rachunek organu podatkowego.

W takiej sytuacji, by norma podatkowoprawną nakładającą na płatnika obowiązek poboru podatku mogła zostać skutecznie zrealizowana przez niego samego, musi ona przyznawać płatnikowi uprawnienie do takich zachowań wobec podatnika, by ten wykonał ciężący na nim obowiązek zapłaty podatku do rąk płatnika. Brak tego rodzaju uprawnienia spowoduje, że w celu wykonania nałożonego obowiązku pobrania podatku płatnik będzie miał jedynie uprawnienie do skierowania do podatnika żądania zapłaty należnego podatku. Natomiast to, czy żądanie to zostanie wykonane, będzie zależało jedynie od woli podatnika. W takiej sytuacji norma przewidująca pobór podatku przez płatnika okaże się mało skuteczna w tym znaczeniu, że w wielu wypadkach nie doprowadzi do pobrania podatku od podatnika i wpłacenia jej na rachunek organu podatkowego.

Analiza przepisów prawa podatkowego regulujących instytucję płatnika prowadzi do wniosku, że ustawodawca nie zawsze dostrzega przedstawione wyżej problemy związane z ustanawianiem instytucji płatnika. Co więcej, można dostrzec wyraźną tendencję do ignorowania ich w najnowszym prawodawstwie podatkowym.

Niewątpliwie poprawnie została uregulowana pozycja płatnika podatku dochodowego od osób fizycznych, obowiązany do poboru podatku od wypłacanych wynagrodzeń. W przepisie art. 31 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych⁵ nałożony został na płatnika obowiązek pobierania zaliczek na podatek. Z kolei w przepisie art. 32 unormowane zostały zasady obliczania tych zaliczek. Natomiast uprawnienie do pobrania należnej zaliczki przez zakład pracy działający w charakterze płatnika podatku z kwoty wypłacanego wynagrodzenia unormowane zostało w przepisie art. 87 § 1 zd. wstępne Kodeksu pracy. Z przepisów art. 31 oraz 32 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych można zatem wyprowadzić normę stanowiącą podstawę zawiązywania się stosunków pomiędzy płatnikiem

a organem podatkowym. Natomiast przepisy art. 32 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz art. 87 § 1 zd. wstępne Kodeksu pracy ustanawiają normę kreującą stosunek prawny pomiędzy podatnikiem a płatnikiem. Jego treścią jest uprawnienie do pobrania z kwoty wynagrodzenia zaliczki ustalonej według reguł unormowanych we wskazanym wyżej art. 32 powołanej wyżej ustawy oraz sprzężony z nim obowiązek znoszenia przez podatnika zachowania płatnika.

Mniej klarownie pozycja płatnika została unormowana na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych⁶. W myśl art. 10 ust. 2 tej ustawy, płatnikami tego podatku zostali ustanowieni notariusze od czynności cywilnoprawnych dokonywanych w formie aktu notarialnego. Natomiast w ust. 3a tego artykułu zawarty został katalog obowiązków spoczywających na płatniku, obejmujący m. in. obowiązek wpłacenia pobranej kwoty podatku na rachunek organu podatkowego. Z kolei w art. 10 ust. 3 ustawy na płatnika został nałożony obowiązek uzależnienia dokonania czynności cywilnoprawnej od uprzedniego zapłacenia na jego rzecz podatku.

Natomiast w analizowanym wypadku nie zachodziła potrzeba unormowania szczególnych reguł obliczania kwoty pobieranego przez płatnika podatku, wynikają one bowiem z przepisów normujących konstrukcję samego podatku. Natomiast płatnik ma obowiązek pobrania tego właśnie podatku.

Analiza powołanych przepisów prowadzi do wniosku, że w sposób prawidłowy ustawodawca ukształtował normę stanowiącą podstawę zawiązywania się stosunków pomiędzy organem podatkowym a płatnikiem. W sposób dostateczny unormował on bowiem treść ciężącego na tym ostatnim podmiocie obowiązku prawnego.

Natomiast pewne wątpliwości może budzić sposób ukształtowania podstawy stosunków pomiędzy płatnikiem a podatnikiem. Żaden bowiem przepis nie nałożył wyraźnie na podatnika obowiązku uiszczenia podatku do rąk notariusza działającego jako płatnik podatku. Wydaje się, że normę taką można byłoby jednak wyprowadzić z przepisów art. 10 ust. 1

⁵ Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U. z 2000 r., Nr 14, poz. 176 ze zm.

⁶ Ustawa z 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych, Dz.U. z 2007 r., Nr 68, poz. 450 ze zm.

in fine w zw. z ust. 2 i 3a pkt 2 cytowanej ustawy. Z pierwszego ze wskazanych przepisów wynika bowiem obowiązek uiszczenia przez podatnika podatku na rachunek organu podatkowego, pod warunkiem jednak, że podatek nie jest pobierany przez płatnika. Jeśli zaś uwzględni się fakt, iż wskutek ustanowienia płatnika obowiązek zapłaty podatku nie zostaje uchylony, zaś z kolejnych przepisów wynika uprawnienie płatnika do pobrania podatku, to w konsekwencji można byłoby wyprowadzić stąd normę nakazującą zapłatę podatku do rąk płatnika.

W ustawie tej płatnikowi zostało również przyznane uprawnienie pozwalające mu na przymuszenie podatnika do wykonania obowiązku zapłaty podatku. Przepis art. 10 ust. 3 stanowi, że płatnicy obowiązani są uzależnić dokonanie czynności cywilnoprawnej od uprzedniego zapłacenia podatku. Z przepisu tego można wyprowadzić nory regulujące sposób zachowania się notariusz działającego w charakterze płatnika, które mają na celu wykonanie ciężącego na nim obowiązku pobrania kwoty podatku. W celu wykonania normy nakazującej mu pobranie podatku, powinien on zażądać od podatnika zapłaty podatku przed przystąpieniem do dokonania czynności notarialnej. Natomiast w wypadku odmowy ze strony podatnika powinien on odmówić dokonania czynności notarialnej. W ten sposób podatnik, który ma interes w dokonaniu czynności prawnej w formie aktu notarialnego, zostanie zmuszony zachowaniem płatnika do zapłaty stosownej kwoty podatku.

Znacznie mniej klarownie została unormowana instytucja płatnika na gruncie ustawy o podatku od spadków i darowizn⁷. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 tej ustawy, notariusze zostali ustanowieni płatnikami podatku od darowizny dokonanej w formie aktu notarialnego albo zawartej w tej formie umowy nieodpłatnego zniesienia współwłasności lub ugody w tym przedmiocie. Natomiast w ustępie drugim tego artykułu unormowane zostały obowiązki płatnika, na które składają się:

- 1) obowiązek prowadzenia rejestru podatku;
- 2) obowiązek pobrania należnego podatku z chwilą sporządzenia aktu notarialnego;

3) obowiązek wpłacenia pobranego podatku na rachunek urzędu skarbowego, którym kieruje naczelnik urzędu skarbowego właściwy ze względu na siedzibę płatnika, w terminie do 7 dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym pobrano podatek, a także przekazania w tym terminie deklaracji o wysokości pobranego i wpłaconego przez płatnika podatku, według ustalonego wzoru, wraz z informacją o kwocie podatku należnego poszczególnym gminom;

4) obowiązek przekazywania w terminie wpłaty pobranego podatku naczelnikowi urzędu skarbowego właściwemu ze względu na siedzibę płatnika, odpisów sporządzanych aktów notarialnych dotyczących czynności, z tytułu których notariusze pełnią obowiązki płatników podatku.

Z cytowanych wyżej uregulowań oraz z pozostałych przepisów ustawy niewątpliwie można wyinterpretować normę kształtującą stosunki prawne pomiędzy organem podatkowym a płatnikiem. Można z nich wyprowadzić z dostateczną precyzją treść ciężącego na płatniku obowiązku. Natomiast poważne wątpliwości może budzić sposób ukształtowania podstawy stosunków pomiędzy płatnikiem a podatnikiem. Nie tylko bowiem żaden przepis nie nałożył wyrażnie na podatnika obowiązku uiszczenia podatku do rąk notariusza działającego jako płatnik podatku, to również w drodze wykładni przepisów ustawy trudno wyprowadzić tego rodzaju obowiązek. Z przepisu art. 18 ust. 2 pkt 2 ustawy, normujących obowiązek płatnika pobrania podatku, trudno wyprowadzić obowiązek uiszczenia przez podatnika podatku do rąk tego pierwszego podmiotu. W tym wypadku w drodze zawiłych rozumowań obowiązek taki można byłoby co najwyżej wyprowadzić z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy o podatku od spadków i darowizn w zw. z przepisem art. 8 Ordynacji podatkowej. Sam przepis art. 18 ust. 1 ustawy o podatku od spadków i darowizn stanowi, że notariusze są płatnikami podatku od darowizny dokonanej w formie aktu notarialnego albo zawartej w tej formie umowy nieodpłatnego zniesienia współwłasności lub ugody w tym przedmiocie. Zatem przepis ten może być uznany za nakładający na notariusza obowiązki płatnika podatku. Kolejny z przepisów ustawy o podatku od spadków i darowizn normuje

⁷ Ustawa z 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn, Dz.U. z 2009 r., Nr 93, poz. 768.

natomiast zakres ciążących na nim obowiązków. Podobną treść ma również przepis art. 8 Ordynacji podatkowej, który stanowi, że płatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, obowiązana na podstawie przepisów prawa podatkowego do obliczenia i pobrania od podatnika podatku i wpłacenia go we właściwym terminie organowi podatkowemu. Zatem te dwa ostatnie przepisy zawierają katalog obowiązków ciążących na płatniku. Są to więc elementy normy prawnej łączącej płatnika z organem podatkowym, nie zaś z podatnikiem.

Tymczasem z normy nakładającej na podmiot określony obowiązek trudno wprost wyprowadzić uprawnienie do zachowania żądania od innego podmiotu zachowania, które prowadziłyby do wykonania tego obowiązku. Zatem należałoby przyjąć, że normy prawne formułujące obowiązki płatnika są normami kompetencyjnymi, z których można wyprowadzić obowiązek poddania się przez podatnika tej kompetencji.

Przepisy ustawy o podatku od spadków i darowizn nie wyposażały również notariusza w instrumenty, które pozwoliłyby mu wymusić na podatniku zachowanie prowadzące do pożądanego rezultatu w postaci zapłaty podatku. W odróżnieniu od ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych, ustawa o podatku od spadków i darowizn nie przyznała bowiem płatnikowi choćby uprawnienia do powstrzymania się od sporządzenia aktu notarialnego. W razie odmowy zapłaty podatku nie będzie on mógł odmówić dokonania czynności notarialnej. Zgodnie bowiem z art. 81 Prawa o notariacie notariusz może odmówić dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem.

Tak więc wykonanie przez płatnika obowiązku pobrania podatku może ograniczyć się jedynie do skierowania do podatnika żądania zapłaty podatku w oczekiwaniu, że podmiot ten dobrowolnie spełni świadczenie. W tym wypadku skuteczność funkcjonowania samej instytucji płatnika może okazać się iluzoryczna. Wprawdzie w praktyce podatnicy uiszczają podatki na rzecz płatników, jednakże dzieje się tak ze względu na przepis art. 30 § 5 Ordynacji podatkowej, który wyłącza odpowiedzialność płatnika, jeśli niepobranie podatku nastąpiło z winy podatni-

ka. W tej sytuacji odpowiedzialność za zobowiązanie podatkowe poniosłby sam podatnik. Zatem gdy podatnik nie uiszczyłby podatku na rzecz płatnika, ten ostatni uwolniłby się od odpowiedzialności przewidzianej we wskazanym przepisie, co oznaczałoby, iż to podatnik ponosiłby odpowiedzialność za zobowiązanie podatkowe.

W sposób znacznie bardziej niedostateczny został uregulowany status komornika sądowego jako płatnika podatku od towarów i usług⁸. Zgodnie z art. 18 ustawy o podatku od towarów i usług⁹, organy egzekucyjne określone w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2002 r., Nr 110, poz. 968 ze zm.) oraz komornicy sądowi wykonujący czynności egzekucyjne w rozumieniu przepisów k.p.c. są płatnikami podatku od dostawy, dokonywanej w trybie egzekucji, towarów będących własnością dłużnika lub posiadanych przez niego z naruszeniem obowiązujących przepisów.

Z tak sformułowanego przepisu można jedynie wyprowadzić wniosek, że wskazane w nim podmioty, w tym również komornik, są płatnikami podatku od towarów i usług, oraz że są oni płatnikami podatku od dostawy dokonywanej w trybie egzekucji. Jednakże nie da się już wywieść, jaki jest kształt obowiązków ciążących na płatniku, ani też jakie uprawnienia posiada on w stosunku do podatnika. Nie można też ustalić, jakimi środkami działania miałby posłużyć się płatnik w celu wykonania nałożonego na niego obowiązku prawnego. Co więcej, analiza systemowa prowadzi do wniosku, że wykonanie obowiązku płatnika nie jest w ogóle możliwe.

Ze względu na fakt, iż w cytowanym przepisie ustawy o podatku od towarów i usług na wskazane w nim podmioty został nałożony obowiązek płatnika tego podatku, powinni oni pobrać od podatnika

8 Na gruncie podatku od towarów i usług płatnikami zostały ustanowione zarówno organy egzekucyjne określone w ustawie z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, jak też komornicy sądowi. Jednakże w dalszej części opracowania przede wszystkim zostanie przeanalizowane zagadnienie pozycji komornika jako płatnika podatku od towarów i usług. Jednak sformułowane przy tej okazji uwagi będą się odnosiły w znacznej części także do wspomnianych wyżej organów egzekucyjnych.

9 Ustawa z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.

podatek od jednej czynności polegającej na sprzedaży egzekucyjnej rzeczy. Jednakże ani ten przepis, ani też inne przepisy ustawy o podatku od towarów i usług nie regulują, w jaki sposób oblicza się podatek od wartości dodanej od jednej czynności. Podatek od towarów i usług jest bowiem podatkiem, w którym kwota zobowiązania podatkowego ustalana jest w okresach rozliczeniowych, a ponadto jest obliczana jako różnica pomiędzy podatkiem należnym a podatkiem naliczonym. Tak ustaloną kwotę za okres obliczeniowy jest obowiązany uiścić podatnik. Zatem proste zestawienie przepisów regulujących zakres obowiązku podatnika podatku od towarów i usług oraz płatnika tego podatku wyraźnie wskazuje, iż obowiązki te nie pokrywają się. Płatnik miałby bowiem wykonywać obowiązek poboru bliżej nieokreślonej ustawowo kwoty podatku, do której uiszczenia nie został zobowiązany sam podatnik. Już z tej przy-

art. 401 dyrektywy 2006/112/WE Rady z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej¹⁰, zgodnie z którym państwa członkowskie są obowiązane ustanowić podatek obrotowy typu podatku od wartości dodanej, a jednocześnie nie mogą utrzymywać innych podatków mających charakter podatków obrotowych.

Także ustanowienie płatności od pojedynczej transakcji byłoby sprzeczne z przepisami art. 206, 250 i 252 wskazanej wyżej dyrektywy. Przepis art. 206 przewiduje, że zasadniczo podatnik obowiązany do zapłaty VAT musi zapłacić kwotę netto VAT w momencie składania deklaracji VAT przewidzianej w art. 250. Natomiast z art. 252 ust. 2 zd. 1 wynika, że okres rozliczeniowy ustalany przez państwo członkowskie wynosi jeden, dwa lub trzy miesiące. Wyklucza on zatem ustanowienie płatności od jednej transakcji, a pozwala jedynie na ustanowienie płatności kwoty netto podat-

Przepisy ustawy o podatku od towarów i usług nie regulują, w jaki sposób oblicza się podatek od wartości dodanej od jednej czynności.

czyny należałoby stwierdzić, że skoro sam podatnik nie jest obowiązany do zapłaty podatku od pojedynczej czynności, lecz jego zobowiązanie ustalone jest przy uwzględnieniu ogółu czynności z okresu rozliczeniowego, to obowiązek nałożony na płatnika jest w istocie obowiązkiem pustym. Ten ostatni jest bowiem obowiązany pobrać od podatnika kwotę podatku, którą jest obowiązany uiścić sam podatnik.

Należy też wskazać, że żaden przepis ustawy nie reguluje, w jaki sposób powinien zostać obliczony podatek od jednej transakcji. Nie można bowiem przyjąć, że ma on być obliczany jako iloczyn przychodu osiągniętego ze sprzedaży i odpowiedniej stawki podatkowej. Podatek od towarów i usług jest bowiem podatkiem od wartości dodanej. Zatem ustanowienie podatku tego typu, który byłby obliczany jako iloczyn kwoty przychodu i odpowiedniej stawki, byłoby sprzeczne z zakazem wynikającym z art. 1 ust. 1 oraz

ku od ogółu czynności dokonanych w okresie jednego, dwóch lub trzech miesięcy.

Jeśli zatem przyjmie się, że faktycznie ustawodawca ustanowił w art. 18 ustawy obowiązek uiszczenia podatku obrotowego od jednej transakcji, to uregulowanie to jest sprzeczne z przepisami art. 1 ust. 1, 206, 250, 252 ust. 2 zd. 1 oraz z art. 401 dyrektywy 2006/112/WE Rady z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej.

W tej sytuacji można byłoby ewentualnie przeanalizować, czy ustawodawca nie nałożył w przepisie art. 18 ustawy o podatku od towarów i usług obowiązku pobrania zaliczki na podatek od towarów i usług. Taką możliwość przyznaje bowiem prawodawcy krajowemu przepis art. 206 zd. 2 powołanej wyżej dyrektywy.

¹⁰ Dz.Urz. W.E. z 11 grudnia 2006 r., L 347, s. 1.

Jeśli przyjmie się taki sposób rozumienia przepisu art. 18 ustawy o podatku od towarów i usług, to przede wszystkim pojawi się kwestia, czy przepis ten faktycznie nałożył na podatnika obowiązek uiszczenia zaliczki na podatek od towarów i usług. Tylko bowiem nałożenie na niego obowiązku uiszczenia tego rodzaju płatności stwarzałoby normatywną podstawę do nałożenia na płatnika obowiązku pobrania tej zaliczki.

Zaliczka jest tymczasem odrębnym od podatku typem zobowiązania. Zatem z faktu, iż na podatnika został nałożony obowiązek zapłaty podatku, nie można wywodzić, że równocześnie został nałożony na niego obowiązek uiszczenia zaliczki. Na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług jedynym przepisem, który normowałby kwestię tej płatności, byłby przepis art. 18, którego adresatem jest płatnik, zaś przepis ten nakłada na niego obowiązek pobrania kwoty od podatnika. Tego rodzaju regulacja nie wystarcza jednak do uznania, że przepis ten równocześnie nałożył na podatnika obowiązek uiszczenia tej płatności. Ze względu na konstytucyjną zasadę nakładania ciężarów publicznych w drodze ustawy nie można bowiem z normy nakładającej jakiś obowiązek na płatnika wnioskować, że taki sam obowiązek został nałożony na podatnika. Stąd też nasuwa się wniosek, że żaden przepis ustawy o podatku od towarów i usług nie nałożył na podatnika obowiązku uiszczenia zaliczki na ten podatek, a tym samym, że wynikający z art. 18 obowiązek płatnika jest obowiązkiem pustym.

Jeśliby nawet przyjąć jako hipotezę, że ustawa od podatku od towarów i usług nałożyła na podatnika obowiązek zapłaty zaliczki, to w dalszej kolejności trzeba by postawić pytanie, w jaki sposób należałoby obliczać jej wysokość.

Zaliczka na podatek jest – jak wskazano wyżej – odrębnym od podatku rodzajem zobowiązania podatkowego. Dlatego też ustawodawca, ustanawiając instytucję zaliczki, szczegółowo reguluje ich konstrukcję, czego przykładem są choćby przepisy art. 31 i nast. ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych¹¹. Tymczasem żaden przepis ustawy

o podatku od towarów i usług nie reguluje tej kwestii. Stąd też jej konstrukcję można byłoby usiłować budować wyłącznie w drodze stosowania *analogii legis*. Takie postępowanie byłoby jednak sprzeczne z art. 84 i 217 Konstytucji, które ustanawiają zasadę ustawowego nakładania podatków.

Gdyby jednak przyjąć kolejną już hipotezę, że dopuszczalne jest rekonstruowanie normy regulującej zasady obliczania zaliczki w drodze *analogii legis*, to przede wszystkim należałoby stwierdzić, iż do ustalania zaliczki nie byłoby możliwe stosowanie wprost przepisów normujących zasady obliczania podatku. Podatek od towarów i usług jest bowiem podatkiem od wartości dodanej, obliczanym jako różnica między podatkiem należnym a podatkiem naliczonym. W wypadku gdy danina ma być obliczona wyłącznie od jednej transakcji, nie wystąpi podatek naliczony. Zatem w konkluzji należałoby – na zasadzie *analogii legis* – dojść do wniosku, iż kwota zaliczki na podatek, która ma być obliczana od jednej transakcji, jest równa kwocie podatku należnego od tej transakcji.

Przyjęcie, że faktycznie w przepisie art. 18 ustawy o podatku od towarów i usług ustawodawca nałożył obowiązek pobrania od podatnika zaliczki równej kwocie podatku naliczonego od transakcji, oznaczałoby jednak, że przepis ten jest niezgodny z art. 206 cytowanej wyżej dyrektywy. Ten ostatni przepis stanowi, że każdy podatnik zobowiązany do zapłaty VAT musi uiścić kwotę netto VAT w momencie składania deklaracji VAT przewidzianej w art. 250. Państwa członkowskie mogą jednakże ustalić inny termin zapłaty tej kwoty lub pobrać zaliczki od tej kwoty. Przyznaje on zatem państwom członkowskim stosunkowo dużą swobodę w sferze kształtowania zarówno terminów zapłaty zaliczek, jak też ich konstrukcji. Jednakże przepis ten wyklucza możliwość takiego ukształtowania jej konstrukcji, by podatnik był zobowiązany do zapłaty tytułem zaliczki kwoty, która nie byłaby kwotą netto, a więc różnicą między podatkiem należnym i podatkiem naliczonym. Stanowisko takie zajął Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w wyroku z 20 października 1993 r. w sprawie C-10/92, Maurizio Ballochi przeciwko Ministero delle Finanze dello Stato¹². Orzeczenie

¹¹ Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U. z 2000 r., Nr 14, poz. 176 ze zm.

¹² Recueil de Jurisprudence 1993, s. I-5105.

to zapadło na tle art. 22 ust. 3 i 4 Szóstej Dyrektywy 77/388/CEE Rady z 17 maja 1977 r., który został przetransponowany do cytowanej wyżej dyrektywy z 2006 r. jako przepis art. 206. W orzeczeniu tym Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że nie jest zgodny z prawem wspólnotowym przepis nakazujący podatnikowi zapłacić zaliczkę na podatek, której efektem byłoby uiszczenie kwoty o wysokości nieodpowiadającej kwocie podatku od wartości dodanej, należnego za okres od początku danego okresu rozliczeniowego do daty uiszczenia zaliczki. Kwestię tę jeszcze silniej podkreślał w wydanej w tej sprawie opinii Adwokata Generalnego Jacobsa¹³.

Zatem w świetle powołanego wyżej orzeczenia oraz przywołanej opinii należy dojść do wniosku, że regulacja nakładająca na podatnika obowiązek uiszczenia zaliczki, którą stanowiłaby kwota podatku należnego, byłaby sprzeczna z art. 206 powołanej dyrektywy.

Dodatkowo należy wskazać, iż przepisy ustawy o podatku od towarów i usług nie przewidują żadnego mechanizmu odliczania podatku pobranego przez płatnika od kwoty zobowiązania podatkowego za dany okres rozliczeniowy. Ten zaś fakt tym bardziej każe uznać, iż regulacja zawarta w tym przepisie art. 18 ustawy jest niezgodna z prawem wspólnotowym, w szczególności zaś z art. 206 cytowanej dyrektywy.

W konkluzji należy zatem dojść do wniosku, że skutek nienałożenia w ustawie obowiązku uiszczenia przez podatnika podatku od jednej transakcji, przepis art. 18 jest przepisem pustym, zawierającym poważną lukę prawną. W istocie dopiero stosowanie *analogii legis*, która nie jest dopuszczalna w sytuacji, gdy rozstrzyga się o istnieniu lub nieistnieniu obowiązków podatkowych, pozwoliłoby na jej wypełnienie. Jednakże efektem jej stosowania byłoby wyprowadzenie norm stojących w sprzeczności z przepisami dyrektywy 2006/112/WE Rady z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej.

Jak wskazano wyżej, warunkiem *sine qua non* nałożenia na płatnika obowiązku wobec organu po-

datkowego, polegającego na pobraniu od podatnika kwoty podatku, jest bowiem jednoczesne nałożenie na samego podatnika obowiązku zapłaty tego podatku. Stąd też, podsumowując powyższe rozważania, należy dojść do wniosku, że nakładając w art. 18 ustawy o podatku od towarów i usług na płatnika obowiązek pobrania podatku od sprzedaży egzekucyjnej i nie nakładając jednocześnie na podatnika analogicznego obowiązku, ustawodawca w istocie nie obciążył go obowiązkami, jakie spoczywają na płatniku, bowiem ten ostatni nie może pobrać kwoty, której nie jest obowiązany uiścić podatnik.

W końcu należy zauważyć, że płatnicy ustanowieni w art. 18 ustawy o podatku od towarów i usług nie będą mieli w praktyce możliwości pobrania z uzyskanej ceny sprzedaży jakiegokolwiek kwoty i wpłacenia jej na rachunek właściwego organu podatkowego. Nie mają zatem prawnych możliwości dokonywania czynności, które wchodzą w zakres czynności płatnika. Zasady postępowania z kwotami uzyskanymi z egzekucji są bowiem sformalizowane i zostały uregulowane przepisami k.p.c. oraz ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, które mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Te zaś nie przewidują możliwości przeznaczenia z kwoty uzyskanej z egzekucji jakiegokolwiek kwoty na zapłatę podatku od towarów i usług.

I tak, zgodnie z art. 1023 § 1 k.p.c., organ egzekucyjny sporządza plan podziału pomiędzy wierzycieli sumy uzyskanej z egzekucji z nieruchomości. Z kolei w myśl paragrafu drugiego tego artykułu, plan podziału powinien być sporządzony także wtedy, gdy suma uzyskana przez egzekucję z ruchomości, wynagrodzenia za pracę lub wierzytelności i innych praw majątkowych nie wystarcza na zaspokojenie wszystkich wierzycieli.

Natomiast art. 1025 k.p.c. określa kolejność zaspokojenia wierzytelności. Zatem podział kwoty uzyskanej z egzekucji odbywa się według zasad ustawowych, które nie mogą być zmienione ani wolą wierzycieli czy dłużnika, ani też wolą organu podatkowego. Przy tym przepisy k.p.c. nie przewidują możliwości wyłączenia z kwoty uzyskanej z egzekucji, a tym samym nieujmowania w planie podziału kwoty należnej tytułem podatku od towarów i usług, nakazują bowiem objąć podziałem kwotę uzyskaną

¹³ Opinia Adwokata Generalnego Jacobsa w sprawie C-10/92, Recueil de Jurisprudence 1993, s. I-5105.

z egzekucji, a więc całą kwotę uzyskaną w postępowaniu egzekucyjnym.

Z przepisu art. 1025 k.p.c. wynika, że w planie podziału kwoty uzyskanej z egzekucji nie można przeznaczyć jakiegokolwiek kwoty na zapłatę podatku od towarów i usług. Zatem jeśli plan podziału sporządza komornik, to nie może on – bez naruszenia art. 1025 k.p.c. – w planie podziału ująć kwoty należnej z tytułu podatku od towarów i usług¹⁴. Wprawdzie przepis ten przewiduje obowiązek uwzględnienia kwot podatków, jednakże warunkiem udziału w podziale sumy uzyskanej z egzekucji jest zgłoszenie wierzytelności zgodnie z zasadami określonymi w art. 1036 k.p.c. Zatem kwota podatku należnego z tytułu podatku od towarów i usług z tytułu sprzedaży egzekucyjnej nie mogłaby zostać ujęta w planie podziału i zostać zapłacona przez komornika.

Komornik nie ma żadnej możliwości wykonania obowiązku pobrania kwoty podatku i odprowadzenia jej na rachunek organu podatkowego.

Ponadto, w trakcie egzekucji z nieruchomości, jedynie sąd, będący – obok komornika sądowego – organem egzekucyjnym, dokonuje wszystkich czynności prowadzących do przeniesienia własności nieruchomości oraz czynności zmierzających do zaspokojenia wierzycieli. Stąd też w egzekucji z nieruchomości komornik nawet nie dysponuje kwotami uzyskanymi ze sprzedaży rzeczy; jedyną kwotą, jaka wpływa na jego rachunek, to kwota rękojmi, która musi zostać przez niego przekazana na konto sum depozytowych sądu. Do depozytu sądowego, nie zaś do rąk komornika wpływa również kwota z tytułu ceny nabycia, pomniejszona o kwotę rękojmi złożonej w gotówce.

¹⁴ Odmienne Sąd Najwyższy w uchwale z 15 grudnia 2006 r., III CZP 115/06, OSNC z 2007 r., Nr 10, poz. 146; krytyczna glosa do orzeczenia: M. Kalinowski, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2008, nr 6–9, s. 5.

W tej sytuacji komornik nie ma żadnej realnej możliwości wykonania obowiązku pobrania kwoty podatku i odprowadzenia jej na rachunek organu podatkowego. Tym bardziej w fazie wykonania planu podziału nie może on przeznaczyć jakiegokolwiek kwoty na zapłatę podatku. Możliwość taką miałby, gdyby przepisy k.p.c. dawały podstawę prawną do wystąpienia komornika do sądu o przelanie na swój rachunek kwoty odpowiadającej podatkowi od towarów i usług, z pominięciem kolejności przewidzianej w przepisie art. 1025. Do tego nie ma jednak podstaw w przepisach k.p.c.

Także wtedy, gdy komornik prowadzi egzekucję z ruchomości, przepisy k.p.c. nie dają mu możliwości zadysponowania jakąkolwiek kwotą na rzecz organu podatkowego z tytułu podatku od towarów i usług. W myśl § 102 rozporządzenia Ministra Sprawiedli-

wości z 9 marca 1968 r. w sprawie czynności komorników¹⁵, wydanego na podstawie delegacji zawartej w k.p.c., jeśli suma osiągnięta ze sprzedaży części zajętych ruchomości wystarcza na zaspokojenie egzekwowanych należności i kosztów egzekucyjnych, komornik powinien przerwać licytację i zwolnić pozostałe ruchomości spod zajęcia. Z przepisu tego jasno wynika, że komornik nie może uzyskać z egzekucji kwoty, która mogłaby zostać przekazana na rachunek organu podatkowego tytułem podatku od towarów i usług, bowiem nie jest to ani kwota egzekwowanej wierzytelności, ani też kwota należności lub kosztów egzekucyjnych. Prowadzenie egzekucji tytułem uzyskania kwoty podatku prowadziłoby zatem do naruszenia wskazanego wyżej

¹⁵ Dz.U. z 1971 r., Nr 26, poz. 239 ze zm.

przepisu, który ma charakter bezwzględnie obowiązujący.

Z powyższych rozważań wynika zatem, że w analizowanej sytuacji płatnik nie ma ani prawnych podstaw, ani też faktycznej możliwości pobrania od dłużnika kwoty podatku. Każde działanie, które prowadziłoby faktycznie do uzyskania takiej kwoty lub odprowadzenia jej na rachunek organu podatkowego, wiązałoby się z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa. Gdyby zatem przyjąć, że dla wykonania swoich obowiązków jako płatnika komornik musi naruszyć przepisy k.p.c., zaś działanie zgodne z nimi pociąga za sobą odpowiedzialność majątkową, należałoby stwierdzić, że taki stan godzi bezpośrednio w zasadę państwa prawnego, wyrażoną w art. 2 Konstytucji. Zatem należałoby uznać, że ustanowienie komornika płatnikiem podatku od towarów i usług bez jednoczesnej nowelizacji przepisów k.p.c. doprowadziło nie tylko do sprzeczności tych dwóch aktów, lecz również do naruszenia konstytucyjnej zasady praworządności. Stąd też, kierując się zasadą wykładni zgodnej z konstytucją, należałoby przyjąć, iż komornik, który nie wykonuje obowiązków płatnika ze względu na brak prawnych możliwości ich wykonania oraz dlatego by nie naruszyć przepisów k.p.c., nie może ponosić odpowiedzialności z tego tytułu.

Prawnych i faktycznych możliwości wykonania obowiązków płatnika nie ma również komornik, na którego obowiązek płatnika został nałożony na mocy art. 42e ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Przepis ten nakłada na komorników obowiązki związane z poborem podatku dochodowego od osób fizycznych od niektórych rodzajów egzekwowanych wierzytelności. Został on jednak tak skonstruowany, że w szeregu wypadków powstaną poważne problemy z jego wykonaniem.

Pierwszy problem, który pojawia się na tle unormowania art. 42e, to określenie statusu komornika sądowego, na którego nałożone zostały obowiązki w zakresie poboru i odprowadzania podatku dochodowego od osób fizycznych.

Przepis art. 42e ust. 1 stanowi, że w przypadku gdy za płatnika, o którym mowa w art. 31, wypłaty świadczeń określonych w art. 12 dokonuje komornik sądowy, jest on zobowiązany do poboru zaliczki

na podatek dochodowy obliczonej według stawki 19%. Z przepisu tego wynika zatem, że działa on niejako w „zastępstwie” płatnika, potrącając z egzekwowanej kwoty, która jest następnie przekazywana wierzycielowi, zaliczkę na podatek dochodowy. Konstatacja taka nie wyjaśnia jednak, jaki jest status komornika wykonującego obowiązki nałożone na niego przez analizowany przepis.

Z dalszej analizy przepisów art. 42e można wyprowadzić wniosek, że na komorniku ciążyą następujące obowiązki:

- 1) obowiązek obliczenia zaliczki na podatek¹⁶;
- 2) obowiązek pobrania z przekazywanej wierzycielowi kwoty należnej zaliczki¹⁷;
- 3) obowiązek wpłaty pobranej kwoty na rachunek właściwego organu podatkowego¹⁸;
- 4) obowiązek sporządzenia stosownej deklaracji i przekazania jej organowi podatkowemu w momencie wpłaty pobranej zaliczki¹⁹;
- 5) obowiązek sporządzenia i przesłania podatnikowi i organowi podatkowemu informacji o wypłaconych kwotach i pobranych zaliczkach²⁰.

Zestawienie tych obowiązków wskazuje, iż analizowany przepis ustanawia komornika płatnikiem podatku dochodowego od osób fizycznych. Wprawdzie sama ustawa nie nazywa komornika płatnikiem, a nakłada na niego obowiązek wykonania czynności za płatnika, jednakże nakłada na niego takie obowiązki, jakie ciążyą na płatnikach podatków. Zgodnie bowiem z art. 8 ustawy z 29 sierpnia 1979 r. Ordynacja podatkowa²¹, płatnikiem jest osoba obowiązana na podstawie przepisów prawa podatkowego do obliczenia i pobrania od podatnika podatku i wpłacenia go we właściwym terminie organowi podatkowemu. Tymczasem dla uznania, że określona osoba jest płatnikiem, wystarczy, by przepisy prawa podatkowego

16 Art. 42e ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

17 Art. 42e ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

18 Art. 42e ust. 4 w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

19 Art. 42e ust. 4 w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

20 Art. 42e ust. 4 w zw. z art. 38 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

21 Dz.U. Nr 137, poz. 926 ze zm.

powierzyły jej obliczanie i pobieranie od podatnika podatku i wpłacania na właściwy rachunek, niezależnie od tego, czy przepisy te nazwały ją wyraźnie płatnikiem²², nawet gdyby przepis wyraźnie nie nazywał jej płatnikiem.

Samo ustalenie, od jakiego rodzaju kwot komornik powinien pobierać zaliczki na podatek dochodowy, zasadniczo nie powinno nastręczać problemów. Przepis art. 42a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych stanowi, że komornicy mają obowiązek pobrania zaliczki na podatek od wypłacanych przez nich świadczeń określonych w art. 12. Natomiast ten ostatni przepis za przychody ze stosunku służbowego, stosunku pracy, pracy nakładczej oraz spółdzielczego stosunku pracy uważa wszelkiego rodzaju wypłaty pieniężne oraz wartość pieniężną świadczeń w naturze bądź ich ekwiwalenty, bez względu na źródło finansowania tych wypłat i świadczeń, a w szczególności: wynagrodzenia zasadnicze, wynagrodzenia za godziny nadliczbowe, różnego rodzaju dodatki, nagrody, ekwiwalenty za niewykorzystany urlop i wszelkie inne kwoty niezależnie od tego, czy ich wysokość została z góry ustalona, a ponadto świadczenia pieniężne ponoszone za pracownika, jak również wartość innych nieodpłatnych świadczeń lub świadczeń częściowo odpłatnych. Natomiast problemem, często nie do przewyższenia, będzie ustalenie charakteru egzekwowanej wierzytelności, a tym samym ustalenie, czy od konkretnej kwoty należy pobrać zaliczkę. Dokumenty, które stanowią podstawę wszczęcia postępowania egzekucyjnego, w większości wypadków nie dostarczają bowiem informacji, które pozwoliłyby na ustalenie wskazanych okoliczności.

Postępowanie egzekucyjne wszczynane jest na wniosek wierzyciela. We wniosku tym wierzyciel powinien wskazać świadczenie, które powinno być spełnione. W wypadku świadczeń pieniężnych, wypełnienie tego wymogu formalnego wniosku następuje poprzez wskazanie wysokości egzekwowanej kwoty. Na wierzycielu nie ciąży natomiast obowiązek wskazania podstawy materialnoprawnej świadczenia. Zatem w oparciu o treść wniosku nie będzie

on w stanie ustalić, czy dochodzona wierzytelność jest wierzytelnością ze stosunku pracy, zaliczaną do przychodów z pracy.

Podstawą egzekucji jest tytuł egzekucyjny opatrzone klauzulą wykonalności, który powinien zostać dołączony do wniosku o wszczęcie egzekucji. Jednakże również jego treść nie zawsze będzie pozwalała na ustalenie, jaki charakter ma egzekwowane roszczenie. W wielu wypadkach tytułem egzekucyjnym będzie wyrok sądu lub ugoda zawarta przed sądem.

Zgodnie z art. 325 k.p.c., sentencja wyroku powinna zawierać m.in. oznaczenie przedmiotu sprawy. Powinno ono zatem określać treść, tytuł i czas powstania roszczenia. Ponadto, w myśl § 150 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 1987 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych²³, jeżeli orzeczenie zasądza należność, której ze względu na jej rodzaj przysługuje pierwszeństwo egzekucji (art. 1025 § 1 kpc), sąd wymienia w sentencji orzeczenia – przy oznaczeniu przedmiotu sprawy – także rodzaj należności. Dane zawarte w wyroku powinny wystarczyć do określenia charakteru egzekwowanego roszczenia na potrzeby poboru zaliczki na podatek od wyegzekwowanych przez komornika kwot. W praktyce często nie będą one jednak wystarczające, bowiem sądy ograniczają się często przy oznaczaniu przedmiotu sprawy do posłużenia się w komparycji wyroku sformułowaniem „w sprawie o zapłatę”.

W takim wypadku, w celu ustalenia, czy wyegzekwowana kwota mieści się w pojęciu przychodu ze stosunku pracy w rozumieniu art. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, płatnik będzie zmuszony do przeprowadzenia swego postępowania wyjaśniającego.

Punktem wyjścia do owych ustaleń może być fakt wydania egzekwowanego wyroku przez sąd pracy lub też sąd pracy i ubezpieczeń społecznych. Jednakże fakt wydania przez nie orzeczenia nie może być rozstrzygający o charakterze dochodzonego roszczenia z punktu widzenia przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Właściwość wskazanych sądów obejmuje również rozpoznawanie spraw o roszczenia, które nie będą kwalifikowane jako przychody mieszczące się w grupie przychodów wy-

22 Por. wyrok z 25 września 1987 r., III SA 316/87, „Przegląd Orzecznictwa Podatkowego” 1992, nr 1, poz. 5.

23 Dz.U. Nr 38, poz. 218 ze zm.

mienionych w art. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Zatem fakt, iż podstawą egzekucji jest orzeczenie wydane przez określony sąd, może stanowić jedynie podstawę sformułowania domniemania faktycznego, iż w grę wchodzi jeden rodzajów przychodów, od którego komornik powinien pobrać zaliczkę jako płatnik podatku. Weryfikacji tego domniemania można byłoby dokonać w oparciu o informacje uzyskane od wierzyciela egzekwującego. Ten ostatni nie ma jednak prawnego obowiązku udzielenia informacji. Czynności związane z poborem podatku nie mieszczą się w ramach postępowania egzekucyjnego, a zatem komornik nie będzie mógł skorzystać z uprawnień przysługujących mu na podstawie przepisu art. 761 k.p.c. Także przepisy prawa podatkowego nie przyznają płatnikowi kompetencji do wystąpienia do wierzyciela z żądaniem udzielenia stosowanych informacji, a tym samym ten ostatni podmiot może odmówić ich udzielenia.

W wypadku odmowy wierzyciela, kolejnym i jednocześnie ostatnim potencjalnym źródłem informacji, z którego mógłby skorzystać komornik działający w charakterze płatnika, jest dłużnik. Również w tym wypadku komornik będzie mógł wystąpić jedynie z prośbą o udzielenie informacji, bowiem, podobnie jak w poprzednio omawianej sytuacji, żaden przepis prawa nie nakłada na dłużnika obowiązku udzielenia płatnikowi informacji. Co więcej, dłużnik, nawet gdy z własnej woli będzie chciał przekazać komornikowi stosowne informacje, będzie związany treścią przepisów ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych²⁴. Z przepisu art. 29 ust. 1 i 2 tego aktu wynika, że administrator danych osobowych nie może udostępniać osobom trzecim, które nie są uprawnione na mocy przepisów prawa, informacji, o których mowa w art. 27 ust. 1, w tym również danych dotyczących orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym. Zatem komornik nie uzyska od dłużnika informacji dotyczących charakteru i rodzaju egzekwowanego od niego roszczenia.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że w sytuacji, gdy komornik nie uzyska koniecznych informacji od wierzyciela, będzie dokonywał potrącenia zaliczki na podatek, kierując się jedynie

domniemaniami faktycznymi dotyczącymi charakteru egzekwowanego roszczenia.

Ustalenie kwalifikacji prawnej kwot, od których ma zostać potrącony podatek, nie jest jedynym problemem, na który natknie się komornik działający w charakterze płatnika. Również ustalenie kwoty zaliczki będzie często odbywało się jedynie w oparciu o domniemania faktyczne.

Samo ustalenie wysokości kwoty zaliczki, o której mowa w art. 42e ust. 1, nie będzie sprawiało żadnych problemów. Będzie ją stanowił iloczyn przekazywanej każdorazowo wierzycielowi kwoty i stawki 19%. Jednakże zgodnie z art. 42e ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, przy obliczaniu zaliczki komornik będzie zobowiązany uwzględnić:

- 1) koszty uzyskania przychodów w wysokości określonej w art. 22 ust. 2 pkt 1;
- 2) składki na ubezpieczenie społeczne, o których mowa w art. 26 ust. 1 pkt 2 lit. b), potrącone w danym miesiącu, zgodnie z odrębnymi przepisami.

Ponadto, zgodnie z art. 42 ust. 3, będzie musiał pomniejszyć obliczoną zaliczkę o kwotę:

- 1) o której mowa w art. 32 ust. 3;
- 2) składki na ubezpieczenie zdrowotne, pobranej w danym miesiącu zgodnie z odrębnymi przepisami.

Mimo kategorycznego brzmienia obu powołanych przepisów, komornik nie zawsze będzie pomniejszał zaliczkę o wskazane kwoty.

Pierwszą kwotą, którą komornik powinien uwzględnić przy ustalaniu zaliczki, jest kwota kosztów uzyskania przychodów. Zgodnie z art. 22 ust. 2 pkt 1, należy uwzględnić ją w wysokości określonej w art. 22 ust. 2 pkt 1. Tymczasem ten ostatni przepis stanowi, że koszty uzyskania przychodów z tytułu stosunku służbowego, stosunku pracy, spółdzielczego stosunku pracy oraz pracy nakładczej określa się w wysokości 0,25% kwoty stanowiącej górną granicę pierwszego przedziału skali, o której mowa w art. 27 ust. 1, miesięcznie. Jeżeli podatnik uzyskuje przychody z tych tytułów równocześnie z kilku zakładów pracy, koszty uzyskania za rok podatkowy nie mogą przekroczyć łącznie 4,5% kwoty, o której mowa w zdaniu poprzednim.

Powołany przepis wyraźnie stanowi, że określona w nim kwota jest miesięczną kwotą kosztów. Tymczasem w praktyce może się zdarzyć, iż komornik

24 Dz.U. Nr 133, poz. 883 ze zm.

będzie dokonywał wypłaty wierzytelności za więcej niż jeden miesiąc, a jednocześnie będą się na nią składały kwoty stanowiące jedynie część wierzytelności za każdy z tych miesięcy. Ustalenie tych faktów, które mają istotne znaczenie dla ustalenia kwoty zaliczki, wymagałoby zatem uzyskania wglądu do informacji zawartych w dokumentach będących w posiadaniu dłużnika lub też uzyskania stosownych informacji od wierzyciela.

Kolejną kwotą, która powinna zostać uwzględniona przy obliczaniu zaliczki, jest składka na ubezpieczenie społeczne, o której mowa w art. 26 ust. 1 pkt 2 lit. b), potrącona w danym miesiącu, zgodnie z odrębnymi przepisami. Zakres powyższego obowiązku w odniesieniu do komornika obliczającego zaliczkę na podatek jest niezrozumiały.

Na komorniku egzekwującym roszczenia kwalifikowane jako przychody, o których mowa w art. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, nie ciąży obowiązek pobrania składki na ubezpieczenie społeczne, gdyż ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych²⁵ nie wymienia go wśród płatników tych składek²⁶. Sama ustawa nie reguluje również w sposób wyraźny, kto obowiązany jest pobrać składkę od kwot stanowiących podstawę wymiaru składek, w wypadku gdy są one wypłacane przez komornika. Przynajmniej w części wypadków będą nimi dłużnicy, od których prowadzona jest egzekucja. W tej sytuacji komornik, przynajmniej z ostrożności, powinien skierować do dłużnika zapytanie, czy od wyegzekwowanej kwoty została potrącona składka, a ponadto czy składka ta nie została potrącona od innej kwoty, od której sam dłużnik opłacał zaliczkę na podatek dochodowy.

Uzyskanie od dłużnika powyższej informacji jest również poddane rygorom ustawy o ochronie danych osobowych, co oznacza, iż podmiot ten, jeśli zdecyduje się na udzielenie komornikowi informacji, będzie musiał kierować się uregulowanym w niej reżimem, w szczególności zaś przepisami art. 29 i 30 tego aktu. W praktyce będzie to oznaczało, że komornik nie będzie dysponował dostatecznymi danymi

pozwalającymi mu na prawidłowe wywiązanie się z obowiązków płatnika.

Ponadto, komornik działający jako płatnik zaliczek na podatek od dochodów, o których mowa w art. 12 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, natknie się również na problem wskazania właściwej podstawy prawnej do potrącenia z wyegzekwowanego świadczenia stosownej kwoty zaliczki. Jak wskazano wyżej, przepisy k.p.c. nakazują komornikowi przekazanie wierzycielowi całej wyegzekwowanej kwoty i nie dają możliwości potrącenia z niej jakichkolwiek kwot, w tym również należności publiczno-prawnych.

W konsekwencji należy zatem stwierdzić, iż komornik ustanowiony płatnikiem zaliczek na podatek dochodowy nie będzie często miał ani faktycznej, ani też prawnej możliwości wywiązania się z obowiązku nałożonego na niego z mocy art. 42e ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

Podobnego rodzaju problemy o charakterze praktycznym, związane z możliwością wywiązania się z obowiązku pobrania podatku, wystąpią również w wypadku, gdy spółka akcyjna, której akcje są przedmiotem publicznego obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie, podwyższy kapitał zakładowy w trybie art. 442 k.s.h., tj. ze środków zgromadzonych na kapitale zapasowym i rezerwowym. Z uwagi na tryb podwyższenia kapitału zakładowego ze środków własnych, akcjonariusze nie będą wnosili żadnych wkładów na pokrycie kapitału. Spółka nie wyemituje również nowych akcji, lecz podwyższy wartość nominalną wszystkich dotychczasowych akcji. Stąd też, zgodnie z przepisami art. 442 i 443 k.s.h., podwyższona wartość nominalna dotychczasowych akcji nie będzie podlegała objęciu przez akcjonariuszy, lecz przysługiwać będzie z mocy ustawy wszystkim obecnym akcjonariuszom w stosunku do ich akcji.

Wskazane wyżej zdarzenie prawne spowoduje również powstanie konsekwencji prawnych na gruncie przepisów normujących opodatkowanie podatkami dochodowymi. W myśl art. 10 ust. 1 pkt 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, dochodem (przychodem) z udziału w zyskach osób prawnych

25 Dz.U. Nr 137, poz. 887.

26 Por. art. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

jest dochód (przychód) faktycznie uzyskany z tego udziału (akcji), w tym także dochód przeznaczony na podwyższenie kapitału zakładowego, a w spółdzielniach – dochód przeznaczony na podwyższenie funduszu udziałowego oraz dochód stanowiący równowartość kwot przekazanych na ten kapitał (fundusz) z innych kapitałów (funduszy) osoby prawnej. Zatem wskutek podwyższenia kapitału akcyjnego w opisany wyżej sposób akcjonariusze spółki osiągną dochód, który podlega opodatkowaniu wskazanymi podatkami dochodowymi.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz z art. 41 ust. 4 w zw. z 5 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, płatnikami podatku dochodowego od kwot podwyższonego kapitału są spółki, których kapitał został podwyższony. Tymczasem analiza obowiązujących przepisów prowadzi do wniosku, że podmioty te nie będą mogły wywiązać się z ciążącego na nich obowiązku.

Przed wszystkim należy zauważyć, że spółka, której akcje są przedmiotem publicznego obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie, nie jest w stanie ustalić kręgu akcjonariuszy. Jej akcje stanowiące przedmiot obrotu są bowiem akcjami na okaziciela, które są zdematerializowane. Stąd też spółka nie będzie posiadała informacji o właścicielach tych akcji. Nie ma bowiem uprawnienia do uzyskania w dowolnym momencie od Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych informacji o osobach, które posiadały akcje w określonym dniu. Wprawdzie Regulamin Depozytu przewiduje w rozdziale V możliwość przekazywania emitentom informacji o posiadaczach akcji, jednak dotyczy to innych niż wskazany wyżej wypadków.

Z tych samych przyczyn spółka nie jest w stanie ustalić liczby akcji posiadanych przez poszczególnych akcjonariuszy. W konsekwencji, nie jest ona zdolna ustalić potencjalnej wartości przychodu z tytułu udziału w zysku osoby prawnej, który przybiera postać podwyższenia wartości nominalnej akcji. Wprawdzie Regulamin Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych przewiduje w § 81 uczestnictwo Depozytu w realizacji zobowiązań emitentów wobec właścicieli papierów wartościowych w sposób umożliwiający wykonywanie obowiązków ciążących na podatnikach i płatnikach właściwych podatków,

które powstają w związku z realizacją tych zobowiązań, jednakże tylko wtedy, gdy emitent spełnia na rzecz osób uprawnionych z papierów wartościowych świadczenie pieniężne lub niepieniężne. Tymczasem gdy zostaje podwyższony kapitał zakładowy z innych kapitałów, zaś efektem tej operacji jest podwyższenie wartości nominalnej akcji, nie ma miejsca spełnienie świadczenia na rzecz posiadacza akcji. Stąd spółka, której kapitał został podwyższony, będzie miała podstawy do uzyskania od Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych informacji o posiadaczach akcji na dzień podwyższenia kapitału.

Nawet jednak gdyby spółka taka posiadała wskazane wyżej informacje, to nie byłaby w stanie wywiązać się z obowiązków płatnika. W analizowanym wypadku, gdy udział w jej zysku nie przybiera formy wypłacanego przez nią świadczenia, nie ma ona możliwości potrącenia z wypłacanej kwoty należnego podatku. Mogłaby ona zatem jedynie wystąpić do znanych sobie akcjonariuszy z prośbą o zapłatę należnego podatku. Natomiast brak pozytywnej reakcji na tę prośbę ze strony akcjonariuszy nie dawałby spółce kompetencji do podjęcia działań zmierzających do przymuszenia ich do spełnienia świadczenia podatkowego. W konsekwencji, w znacznej części wypadków spółka nie byłaby w stanie wywiązać się z obowiązków płatnika.

Przeprowadzona wyżej analiza prowadzi do wniosku, iż układ stosunków prawnych z udziałem płatnika, jak też ich treść, są stosunkowo złożone. Bez uwzględnienia ich specyfiki w procesie stanowienia prawa nie jest możliwe ich prawidłowe ukształtowanie.

Tymczasem, jak pokazują to przywołane przykłady, ustawodawca często nie zdaje sobie sprawy ze złożoności tych stosunków. Efektem tego jest tworzenie przepisów ustanawiających płatników różnych podatków, których efektywność okazuje się znikoma. W ich świetle, płatnicy ci nie są w stanie wykonywać swoich funkcji – czy to ze względów prawnych, czy też faktycznych. Co więcej, niektóre z tych przepisów budzą istotne wątpliwości co do ich konstytucyjności.

Stąd też, by przepisy ustanawiające płatników poszczególnych podatków były efektywne, w procesie legislacyjnym należałoby zwrócić baczną uwagę

na kilka kwestii. Po pierwsze, należałoby w sposób poprawny normować treść stosunków prawnych pomiędzy płatnikiem a podatnikiem. W wypadku gdy w celu wykonania swoich obowiązków płatnik miałby pobrać kwotę podatku z posiadanych kwot stanowiących własność podatnika, konieczne byłoby wyraźne przyznanie mu tego rodzaju uprawnienia. Natomiast gdy nie dysponuje on tego rodzaju kwotami, na podatnika musiałby zostać nałożony obowiązek spełnienia świadczenia do jego rąk; jednocześnie należałoby przyznać płatnikowi określone uprawnienia, z których skorzystanie mógłby wymusić wykonanie wskazanego obowiązku.

Ponadto, ustanawiając płatnika konkretnego podatku, należałoby zwrócić baczniejszą uwagę, czy

jest on w stanie uzyskać dostateczne informacje umożliwiające mu prawidłowe obliczenie kwoty podatku. Jednocześnie nie wydaje się właściwe stawianie go w sytuacji, w której byłby on zmuszony do prowadzenia szeroko zakrojonego postępowania. W trakcie tegoż postępowania miałby on ustalać stan faktyczny mający znaczenie prawne dla ustalenia pobieranej kwoty. W takiej bowiem sytuacji należałoby przyznać mu szereg uprawnień procesowych, które umożliwiłyby mu przeprowadzenie stosownego postępowania. To zaś nie wydaje się słuszne, gdyż w założeniu płatnicy powinni pobierać podatki w znanych sobie z urzędu stanach faktycznych, nie zaś pełnić funkcji organów postępowania podatkowego.

Piotr Zapadka

Bankowe papiery wartościowe – dopuszczenie do obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych



Piotr Zapadka

Doktor nauk prawnych Uniwersytetu Warszawskiego, Prodziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, wykładowca polskich uczelni publicznych, autor prac naukowych; pracował m.in. dla kancelarii prawnych, firm konsultingowych, Narodowego Banku Polskiego (Doradca Prezesa NBP), nadzoru bankowego oraz Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie S.A.

Bank securities – their admission to the Warsaw Stock Exchange

One of forms of increasing the bank's capital base is issuing the bank securities. In Polish law bank securities are regulated in the Banking Law Act as a separate type of securities. Transactions involving this type of securities are made every day, mostly between the banks (interbank market). The purpose of this publication is to present the less known possibility of public offering of bank securities – via their introduction and admission to the Warsaw Stock Exchange (WSE). Business value of this possibility is avoiding the time for lengthy legal requirements on drawing up the prospectus, its approval by the Commission (Polish Financial Supervision Authority) and making it available to the public. Moreover, public offering of the bank securities via WSE can also be made by the banks whose shares are not listed on the WSE. The above shows that bank securities can importantly influence the process of bank's capital base increase being the alternative to the interbank market trading.

Jedną z dostępnych prawnie form zwiększania bazy kapitałowej banków jest emisja bankowych papierów wartościowych. O ile jednak oferowanie tychże papierów dłużnych na rynku międzybankowym jest praktyką dość znaną, o tyle niniejsze

opracowanie ma na celu wskazanie możliwości wnioskowania o dopuszczenie i wprowadzenie bankowych papierów wartościowych do obrotu na giełdowym rynku regulowanym w celu publicznego zaoferowania ich nabywcia. Na atrakcyjność oferowania

bankowych papierów wartościowych *via* GPW bez wątpienia wpływa fakt, iż zarówno w przypadku publicznego oferowania, jak i wnioskowania o dopuszczenie bankowych papierów wartościowych do obrotu giełdowego nie jest wymagane sporządzenie, zatwierdzenie ani też opublikowanie prospektu emisyjnego. Ponadto na takie przedsięwzięcie mogą zdecydować się banki, których akcje nie są notowane na GPW.

Bankowy papier wartościowy jest emitowany wyłącznie przez banki (czynność bankowa *sensu stricto*) na podstawie regulacji zawartych w Rozdziale 7 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (art. 89-92 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 5 tejże ustawy). Jest to papier wartościowy dłużny (czyli podlegający wykupowi przez bank/dłużnika od jego nabywcy/wierzyciela

zaklasyfikowanie do kategorii bankowych papierów wartościowych np. papierów depozytowych, które emitowane są „w zamian za” powierzone bankom depozyty, lub też papierów pożyczkowych, które kreowane są w oparciu o stosunek pożyczki udzielanej bankowi przez nabywców takich papierów¹. Owe tradycyjne rozumienie bankowego papieru wartościowego związane jest z wynikającym z art. 8 Prawa bankowego obowiązkiem prawnym banku do utrzymywania płynności płatniczej, dostosowanej do rozmiarów i rodzaju działalności, w sposób zapewniający wykonanie wszystkich zobowiązań pieniężnych zgodnie z terminami ich płatności.

Niniejsza publikacja ma na celu przypomnienie, iż **banki mogą pozyskiwać środki finansowe**

Nie jest możliwy inny cel emisji bankowych papierów wartościowych niż pozyskiwanie środków pieniężnych.

w określonym w warunkach emisji terminie), który służy gromadzeniu przez banki środków pieniężnych w złotych lub w innej walucie wymiennej, w zamian za co po okresie jego zapadalności przysługują wierzycielowi należne odsetki. Jego gospodarcze zadanie to wyłącznie pozyskiwanie przez banki środków pieniężnych, przeznaczonych następnie na wybrane formy działalności bankowej (np. na zwiększenie akcji kredytowej). Atrakcyjność bankowych papierów wartościowych wzrasta w przypadku zmniejszenia się dostępnej bazy kapitałowej banku, z uwagi na ograniczenie możliwości gromadzenia środków pieniężnych powierzonych bankom pod jakimkolwiek (innym niż bankowe papiery wartościowe) tytułem zwrotnym. Kształt regulacji prawa bankowego przesądza zatem, iż nie jest możliwy inny cel emisji bankowych papierów wartościowych niż pozyskiwanie środków pieniężnych. To powoduje, iż bankowy papier wartościowy jest jednym z instrumentów zarządzania płynnością w banku, pozwalającym na pozyskanie koniecznych dla prowadzenia działalności bankowej środków finansowych. Możliwe jest zatem

z tytułu emisji bankowych papierów wartościowych, także z wykorzystaniem publicznego oferowania nabycia papierów wartościowych *via* Giełda Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. (GPW).

Istotne z punktu widzenia analizowanych zagadnień związanych z obrotem papierami wartościowymi na rynku regulowanym, jest przybliżenie odnoszących norm ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (dalej „ustawa o obrocie”). Bankowe papiery wartościowe należy bowiem zaliczyć do kategorii tzw. „innych zbywalnych papierów wartościowych”, jaką rozpoznaje art. 3 pkt 1 lit. a) w związku z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o obrocie. Oznacza to, iż do bankowych papierów wartościowych, w omawianym zakresie, zastosowanie będą miały także (poza Prawem bankowym) regulacje zawarte w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. Ustawa ta jest kluczowym aktem prawnym

¹ M. Michalski, *Bankowe papiery wartościowe*, A. Szumański (red.), *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2006, s. 481.

z punktu widzenia organizacji obrotu na GPW, w tym reguł dotyczących dopuszczania i wprowadzania do tego obrotu instrumentów finansowych. Tym samym omawiany papier wartościowy podlegać będzie analizie z punktu widzenia wzajemnej korelacji norm zawartych w Prawie bankowym oraz ustawie o obrocie.

Zgodnie z art. 89 ustawy Prawo bankowe banki mogą emitować bankowe papiery wartościowe na warunkach podawanych do publicznej wiadomości (co jest swoistym surogatem prospektu emisyjnego), przy czym bank informuje Prezesa Narodowego Banku Polskiego o zamierzonej emisji papierów wartościowych na 30 dni przed terminem emisji, wskazując warunki i wartość emisji. Warto zatem podkreślić swoistą rolę nadzorczą Prezesa NBP, który informowany jest o planowanej emisji, aczkolwiek w aktualnym stanie prawnym i po formalnym „wydzieleniu” nadzoru bankowego z NBP obowiązek ten wydaje się mieć wymiar czysto informacyjny.

Artykuł 90 ust. 1 ustawy Prawo bankowe określa wymagany przez prawo zakres treści bankowego papieru wartościowego, który obejmuje: wartość nominalną papieru wartościowego; zobowiązanie banku do: naliczenia określonego oprocentowania według ustalonej stopy procentowej oraz do dokonania w określonych terminach wypłaty oznaczonej kwoty osobie uprawnionej; oznaczenie posiadacza papieru wartościowego, jeżeli jest to papier imienny, lub adnotację, że jest to papier wartościowy na okaziciela; zasady przenoszenia praw wynikających z papieru wartościowego; numer papieru wartościowego i datę emisji; podpisy osób upoważnionych do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych banku.

Co istotne z punktu widzenia problematyki niniejszego artykułu, ustawa Prawo bankowe (art. 90 ust. 4–7) przewiduje możliwość dematerializacji bankowych papierów wartościowych, których obrót odbywa się bez użycia papierowej formy dokumentu. Jest to zatem zgodne z wymogiem dematerializacji papierów wartościowych dopuszczonych do obrotu na giełdowym rynku regulowanym, w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy o obrocie. Banki mogą zatem emitować bankowe papiery wartościowe, niemające formy dokumentu, które są rejestrowane w depozy-

cie prowadzonym przez bank emitujący te papiery, Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A. lub firmę inwestycyjną (np. dom maklerski). Jeżeli bankowy papier wartościowy nie ma formy dokumentu, wszystkie wymagane przez prawo dane powinny być zamieszczone w treści świadectwa depozytowego albo innego dokumentu wydanego przez bank osobie uprawnionej. Podobnie jak to ma miejsce w przypadku dematerializacji akcji lub innych zde-materializowanych rodzajów papierów wartościowych, prawa z bankowych papierów wartościowych niemających formy dokumentu powstają z chwilą zapisania ich po raz pierwszy na rachunku bankowych papierów wartościowych i przysługują posiadaczowi tego rachunku. Natomiast przeniesienie praw z bankowego papieru wartościowego niemającego formy dokumentu następuje z chwilą dokonania odpowiedniego zapisu na rachunku bankowych papierów wartościowych, który to rachunek (co warto podkreślić) nie jest rachunkiem bankowym (w rozumieniu art. 49 i nast. ustawy Prawo bankowe, w związku z art. 725 i nast. k.c.). Nie jest on także rachunkiem papierów wartościowych w rozumieniu art. 4 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, gdyż ustawa określa zamknięty katalog (*numerus clausus*) podmiotów, które (wyłącznie) mogą prowadzić takie rachunki. Można go zatem potraktować jako odrębny rodzaj (kategorię) rachunku. Istota dematerializacji bankowego papieru wartościowego wymaga bowiem stworzenia przez ustawodawcę możliwości zapisu praw z tych papierów na rachunku (czynność ewidencyjna o skutkach prawnych), co jest bezpośrednią przyczyną wyodrębnienia na gruncie Prawa bankowego omawianej kategorii „rachunku bankowych papierów wartościowych”. W analizowanym obszarze przepisy ustawy Prawo bankowe należy zatem interpretować jako *lex specialis* wobec art. 4 ustawy o obrocie (*numerus clausus* podmiotów prowadzących rachunki papierów wartościowych), tym bardziej iż regulacje art. 90 ust. 6 i ust. 7 ustawy Prawo bankowe zostały przez ustawodawcę sformułowane w sposób analogiczny do art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy o obrocie, w przedmiocie powstania praw ze zde-materializowanych papierów wartościowych (tj. z chwilą ich pierwszego zapisu na rachunku), a także w kwestii przenoszenia

(transferu) praw z papieru wartościowego poprzez odpowiednie zapisy na rachunku.

Węzłowym aktem normatywnym, z punktu widzenia określenia zasad obrotu na giełdowym rynku regulowanym, jest Regulamin Giełdy (uchwalony przez Radę Giełdy i podlegający nadzorowi KNF), który powinien zawierać określone w art. 28 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi elementy (np. kryteria i warunki dopuszczania do obrotu giełdowego papierów wartościowych, rodzaje transakcji zawieranych na giełdzie, warunki i tryb notowania, czy też sposoby ogłaszania i ustalania kursów). Regulamin Giełdy w § 2 pkt 12) zawiera definicję legalną „instrumentów finansowych” (stanowiących przedmiot obrotu) poprzez odesłanie

nie powoduje w przypadku bankowych papierów wartościowych **brak konieczności sporządzenia, zatwierdzenia oraz udostępnienia prospektu emisyjnego**, co w świetle dyspozycji art. 7 ustawy o ofercie wymagane jest w związku z planowaną: 1) ofertą publiczną lub 2) dopuszczeniem papierów wartościowych do obrotu na rynku regulowanym. Przyczyną tego zwolnienia z konieczności sporządzenia, zatwierdzenia oraz udostępnienia prospektu emisyjnego w przypadku emisji bankowych papierów wartościowych jest uznanie przez ustawodawcę, iż **banki (jako instytucje zaufania publicznego) dają gwarancję bezpieczeństwa inwestowania i obrotu emitowanymi przez nie bankowymi papierami wartościowymi, równorzędną z dopuszczeniem**

Emisje bankowych papierów wartościowych jako czynności bankowe są objęte nadzorem KNF oraz Prezesa NBP.

do art. 2 ustawy o obrocie, dzięki czemu możliwym jest potraktowanie na gruncie Regulaminu Giełdy omawianych bankowych papierów wartościowych, jako tzw. „innych zbywalnych papierów wartościowych” w rozumieniu ustawy o obrocie (o czym była już mowa uprzednio).

Oznacza to, iż **bankowy papier wartościowy jest „instrumentem finansowym” w rozumieniu Regulaminu Giełdy, czego konsekwencją jest możliwość zastosowania do tego rodzaju papierów wartościowych regulacji dotyczących obrotu na rynku giełdowym, jakie wynikają z Regulaminu Giełdy.**

Wartym podkreślenia wydaje się fakt, iż zgodnie z art. 92 ustawy Prawo bankowe oraz art. 2 pkt 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (dalej zwanej „ustawą o ofercie”), **do bankowych papierów wartościowych (podobnie jak i do czeków oraz weksli) nie stosuje się przepisów ustawy o ofercie.** Powyższe wyłącze-

do obrotu na rynku regulowanym. Emisje bankowych papierów wartościowych jako czynności bankowe (w rozumieniu art. 5 ustawy Prawo bankowe) są bowiem objęte nadzorem KNF oraz Prezesa NBP (*vide* art. 89 ustawy Prawo bankowe), co z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu ma „zastępować” konieczność sporządzenia, zatwierdzenia oraz udostępnienia prospektu emisyjnego.

Powyższe wyłączenie zastosowania ustawy o ofercie do bankowych papierów wartościowych jest zgodne z prawem wspólnotowym, gdyż na podstawie art. 1 ust. 2 lit f) Dyrektywy 2003/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 listopada 2003 r. w sprawie prospektu emisyjnego publikowanego w związku z publiczną ofertą lub dopuszczeniem do obrotu papierów wartościowych i zmieniająca dyrektywę 2001/34/WE, z zakresu jej zastosowania wyłączone są tzw. niekapitałowe papiery wartościowe, emitowane w sposób ciągły lub powtarzalny przez instytucje kredytowe, do których to instytucji kredytowych zalicza się także polskie banki. Dlatego też analizowane wyłączenie bankowych papierów wartościowych

wych z zakresu zastosowania ustawy o ofercie nie stoi w sprzeczności z *ratio* wyrażonym w regulacjach prawa wspólnotowego.

Jednocześnie, co należy wyraźnie podkreślić, **wyłączenie bankowych papierów wartościowych z zastosowania przepisów ustawy o ofercie nie jest jednoznaczne z brakiem możliwości dopuszczenia tychże papierów wartościowych do obrotu na rynku regulowanym**. Papiery te mogą zatem zostać dopuszczone do obrotu giełdowego na gruncie § 3 ust. 1 i ust. 5 Regulaminu Giełdy.

Powyższe wnioskowanie potwierdza także fakt, iż o ile zgodnie z art. 2 ustawy o ofercie, przepisów tej ustawy nie stosuje się zarówno: 1) w przypadku bankowych papierów wartościowych, jak również 2) w przypadku weksli i czeków, o tyle zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi przepisów tejże ustawy nie stosuje się wyłącznie do weksli i czeków. Oznacza to, przy

ustawodawcy w omawianej materii². Biorąc powyższe pod uwagę, można uznać, iż emisja bankowych papierów wartościowych (na podstawie ustawy Prawo bankowe) uprawnia także do wnioskowania o dopuszczenie i wprowadzenie tychże papierów do obrotu na GPW celem ich publicznego oferowania (na podstawie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, ustawy o ofercie oraz Regulaminu Giełdy), bez konieczności sporządzania czasochłonnego i kosztownego prospektu emisyjnego, a także bez konieczności odbycia związanej z procesem zatwierdzania prospektu emisyjnego, stosownej procedury przed KNF. Czy zatem na GPW nastąpi eksplozja publicznych ofert nabycia bankowych papierów wartościowych? Wszystko zależy od wyceny rentowności takiego projektu, dla której niniejsza analiza prawna może stanowić swoiste prelude.

Na zakończenie warto jednak zaznaczyć, iż zaprezentowany przez autora niniejszego artyku-

Przepisy ustawy o obrocie instrumentami finansowymi stosuje się również do bankowych papierów wartościowych.

zastosowaniu wnioskowania *a contrario*, iż przepisy ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, na skutek braku wyraźnego wyłączenia, stosujemy również do bankowych papierów wartościowych – a zatem mogą one stanowić przedmiot obrotu na GPW. Dodatkowo, dokonując wykładni historycznej, należy wskazać, iż akt prawny, który został zastąpiony przez aktualnie obowiązujące ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz ustawy o ofercie, czyli ustawa z 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, również nie zawierała przeszkód w obrocie bankowymi papierami wartościowymi, a jedynie *explicite* uniemożliwiała obrót czekami i wekslami oraz tzw. papierami depozytowymi, nie emitowanymi w serii, które potwierdzały złożenie w banku depozytu lub wkładu oszczędnościowego. Nie istnieją zatem żadne znane przesłanki, które świadczyłyby o zmianie woli

tego pogląd odnośnie do możliwości dopuszczenia i wprowadzenia do obrotu na giełdowym rynku regulowanym bankowych papierów wartościowych nie jest jednoznacznie podzielany przez wszystkich przedstawicieli doktryny. Wyrażane są bowiem stanowiska zarówno podzielające, jak i niepodzielające przedstawionej powyżej interpretacji. Z jednej strony istnieją bowiem poglądy, iż z punktu widzenia aktualnie obowiązujących regulacji nie jest możliwe dopuszczanie i wprowadzenie do obrotu na giełdowym rynku regulowanym bankowych papierów wartościowych³.

2 Odmienne np. M. Michalski, *Bankowe papiery wartościowe*, A. Szumański (red.), *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2006, s. 516.

3 Zob. M. Michalski, *Bankowe papiery wartościowe*, A. Szumański (red.), *Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2006, s. 516.

Z drugiej jednak strony, niektórzy autorzy w sposób jednoznaczny rozróżniają „bankowe papiery wartościowe” jako kategorię odrębną od emitowanych przez instytucje kredytowe „papierów wartościowych o charakterze nieudziałowym”, wykazując, iż obie (odrębne od siebie) kategorie papierów wartościowych korzystają z wyłączenia z zastosowania przepisów ustawy o ofercie,

w rozumieniu art. 2 tejże ustawy, co zaś potwierdza przyjętą przez autora niniejszego artykułu argumentację⁴. Powyższe powoduje, iż tematyka ta, z uwagi na jej stopień skomplikowania i niejednoznaczność regulacyjną, może tworzyć różnice poglądów prawniczych.

4 Zob. K. Haładyj, *Ustawa o ofercie publicznej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 102.

Idea wojny sprawiedliwej – od starożytności po czasy nowożytne¹



**Patrycja
Grzebyk**

Dr Patrycja Grzebyk, absolwentka Instytutu Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego oraz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (oba dyplomy z wyróżnieniem). Obecnie pracownik naukowy Zakładu Studiów Strategicznych Instytutu Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego, specjalizuje się w międzynarodowym prawie humanitarnym i międzynarodowym prawie karnym.

Development of the just war theory from the ancient to the modern times

The article presents main stages of development of the just war theory from the ancient times to the modern ones in terms of a right to use force (ius ad bellum). This analysis is indispensable to answer the question whether opinions of the greatest lawyers and philosophers of past times justify a return from the distinction on a bellum legale and a bellum illegale to a bellum iustum and a bellum iniustum. The problem is increasingly serious because references to justness are nowadays more and more frequent especially when there is a need to justify armed operations. Furthermore a general revival of the just war argumentation can be observed in recent publications which inclines to a deeper meaning, historical reflection.

The article starts with a few remarks on the Greek attitude towards the war and a Roman ius fetiale which are usually considered as roots of the just war theory. It describes also an impact of the Christian thought on perceiving the war with great emphasis on the achievements of the Middle Ages thinkers. Reflections on the modern times start with description of ideas represented by the Spanish lawyers like Vitoria or Suarez who are often perceived as continuators of mediaeval thinkers. Then there is a part devoted to representatives of the modern times like Machiavelli, Bodin or Gentili who redefined the just war theory and used it to justify an unrestricted right to use force by a sovereign. The article presents also a period of general rejection of the just war theory by lawyers like Zouche, Pufendorf, Rachel, Textor or Bynkershoek with significant exceptions of Grotius, Wolff or Vattel who is perceived as the last supporter of the just war theory.

¹ Artykuł powstał na podstawie niepublikowanego fragmentu rozprawy doktorskiej Patrycji Grzebyk pt. *Odpowiedzialność karna osób fizycznych za zbrodnię agresji*, Warszawa 2010, która w wersji książkowej ma się ukazać nakładem Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.

Dyskutując na temat legalności działań zbrojnych, komentatorzy coraz częściej wołają odwoływać się do idei wojny sprawiedliwej niż trzymać się litery obowiązujących przepisów prawa. Można odnieść wrażenie, że, zdaniem wielu, akty prawne nie przystają do rzeczywistości, a teoria wojny sprawiedliwej, znana przecież od wieków, jest odpowiedzią na wątpliwości pojawiające się przy próbie oceny poszczególnych przypadków użycia siły.

W ostatnich latach można odnotować znaczący wzrost liczby publikacji odwołujących się do idei wojny sprawiedliwej przy okazji oceny zasadności obowiązywania międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, możliwości użycia siły, czy w końcu analizy konkretnych przykładów działań zbrojnych². Nierzadko przy tym autorzy przywołują klasyków teorii wojny sprawiedliwej, jak przykładowo św. Tomasza, Hugo Grocjusza czy Emmericha Vattela, aby uzasadnić swe stwierdzenia. Celem niniejszego artykułu nie jest jednak prezentacja głównych punktów współczesnej debaty na temat wojny sprawiedliwej, lecz przedstawienie zarysu rozwoju idei wojny sprawiedliwej od czasów starożytnych po nowożytne, jeśli chodzi o prawo do użycia siły (*ius ad bellum*). Ma to pomóc w ocenie, czy w istocie uprawnione jest powoływanie się na opinie najwybitniejszych przedstawicieli minionych epok, aby uzasadnić powrót do podziału na *bellum iustum* i *bellum iniustum*, który, jak się wydawało, od czasów Paktu Ligii Narodów zastąpiono rozróżnieniem *bellum legale* i *bellum illegale*.

Powyższa kwestia jest o tyle istotna, iż odwołania do sprawiedliwości są obecnie coraz częstsze przy

okazji uzasadniania działań zbrojnych, a ponadto koncepcja wojny sprawiedliwej jest przykładem podejścia kontekstualnego do użycia siły, w który to nurt próbuje się wpisać choćby problem odpowiedzialności za agresję.

Starożytność

Choć koncepcja wojny sprawiedliwej jest obecna w każdym kręgu cywilizacyjnym³, to zazwyczaj łączy się ją z rozwojem kultury greckiej i rzymskiej, a także teologii chrześcijańskiej.

Grecy przyjmowali, że rozpoczęcie wojny musi wiązać się z zaistnieniem ważnej i wystarczającej przyczyny, a także powinno być poprzedzone odrzuceniem przez drugą stronę możliwości dobrowolnego wyrównania wyrządzonej szkody⁴. Ponadto w pewnych okresach nie można było prowadzić działań zbrojnych (święta religijne, zawody atletyczne, czas obowiązywania traktatu pokojowego)⁵.

2 Ograniczając się wyłącznie do pozycji traktujących o prawie do użycia siły (a nie prawie konfliktów zbrojnych), można gwoli przykładu wymienić: A.J. Bellamy, *Just Wars from Cicero to Iraq*, Polity Press, Cambridge 2006, M. Evans, *Just war theory. A reappraisal*, Edinburgh University Press, 2005, A. Fiala, *The Just War Myth. The Moral illusions of War*, Rowman & Littlefield, Oxford 2008, M. Taghi Karoubi, *Just or Unjust War?*, Ashgate 2004, Ch. Reed, D. Ryall, *The Price of Peace. Just War in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, M. Walzer, *Spór o wojnę*, Warszawskie Wydawnictwo Literackie Muza, Warszawa 2006. Można również zwrócić uwagę na reedycję takich dzieł, jak P. Ramsey, *The Just War: Force and Political Responsibility*, Rowman & Littlefield, Oxford 2002, M. Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, wyd. 3, New York 2000.

3 Zob. przykładowo interesujące omówienie funkcjonowania idei wojny sprawiedliwej w regionie subsaharyjskiej Afryki (w:) A. Moseley, *The Rules of War in Sub-Saharan Africa* (w:) P. Robinson, *Just War in Comparative Perspective*, Ashgate, Hampshire 2003. Natomiast na temat wojny w islamie zob. M. Hamidullāh, *Muslim Conduct of State Being a Treatise on Siyar, That Is Islamic Notion of Public International Law, Consisting of the Laws of Peace, War and Neutrality, Together with Precedents from Orthodox Practice and Preceded by a Historical and General Introduction*, Shaikh Muhammad Ashraf, Kashmiri Bazar-Lahore, 3rd edition, 1953, s. 160 i nast.; M. Khadduri, *Shaybānī Siyar, The Islamic Law of Nations*, John Hopkins Press, Baltimore Maryland 1966, s. 16 oraz S. Wahbeh al-Zuhili, *Islam and International Law*, „International Review of the Red Cross” 2005, nr 858, s. 279 i nast., H.M. Zawati, *Is Jihād a Just War? War, Peace, and Human Rights under Islamic and Public International Law*, „Studies in Religion and Society”, t. 53, The Edwin Mellen Press, Lewiston 2001, s. 107, J. Kelsay, J.T. Johnson, *Just War and Jihad. Historical and Theoretical Perspectives on War and Peace in Western and Islamic Tradition*, Contribution to the Study of Religion no. 28, Greenwood Press, New York 1991. Por. również A. Bellamy (red.), *War. Critical Concepts in Political Science, Volume IV Ethics and laws of war*, Routledge, London 2009.

4 C. Phillipson, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, t. 2, MacMillan and Co. Limited, London 1911, s. 179.

5 W.B. Ballis, *The Legal Position of War: Changes in Its Practice and Theory from Plato to Vattel*, Martinus Nijhoff, The Hague 1937, s. 16.

Najbardziej znani przedstawiciele ówczesnej greckiej filozofii – Platon (428–348 p.n.e.) i Arystoteles (384–322 p.n.e.) – podkreślali, że wojnę należy prowadzić wyłącznie z barbarzyńcami. Ich zdaniem, wojna pomiędzy ludami helleńskim stanowiła przykład dysonansu, zaburzenia pewnego porządku⁶. Jednak już lektura dzieł Tukidydesa może prowadzić do innych wniosków⁷. O ile Platon nie skupiał się na analizowaniu przyczyn usprawiedliwiających wojnę, o tyle Arystoteles wyróżnił już powody, które czyniły wojnę sprawiedliwą. Zaliczył do nich obronę własną, ustanowienie hegemonii nad ludami, które przez akt poddania się mogą tylko zyskać, oraz podbój ludów z natury przeznaczonych do niewolnictwa⁸. Arystoteles zwrócił również uwagę na to, że każdą wojnę należy prowadzić wyłącznie w celu osiągnięcia pokoju⁹.

sprawiedliwej (*bellum iustum*) albo niesprawiedliwej (*bellum iniustum*) była uzależniona od przestrzegania odpowiedniej procedury wypowiedzania i prowadzenia wojny. Kwestię tę, co najmniej do III wieku p.n.e., regulowało *ius fetiale*¹¹. Aby wojna była uznana za sprawiedliwą, specjalne kolegium kapłanów (fecjałowie)¹² musiało najpierw zażądać od przeciwnika naprawienia w określonym czasie szkody wyrządzonej Rzymowi (np. w formie restytucji), a następnie uprzedzić przeciwnika o spodziewanym ataku. Gdy kroki te nie przyniosły oczekiwanego rezultatu, fecjałowie, po przedstawieniu sprawy Zgromadzeniu Ludowemu (w późniejszym okresie Senatowi) i podjęciu przez ten organ decyzji o rozpoczęciu wojny, dokonywali formalnego wypowiedzenia wojny (*indictio*)¹³. Ceremonia polegała na wy-

Dla Rzymian wojna musiała być *pium*, czyli prowadzona na polecenie bogów, a także *iustum*, czyli sprawiedliwa.

Dla Rzymian wojna musiała być *pium*, czyli prowadzona na polecenie bogów, a także *iustum*, czyli sprawiedliwa¹⁰. Kwalifikacja danej wojny jako

rzuceniu dzidy poza granice Rzymu na terytorium przeciwnika oraz na wypowiedzeniu starożytnych formułek, które przywołuje Liwiusz¹⁴.

6 „Więc kiedy się Hellenowie z barbarzyńcami biją i barbarzyńcy z Hellenami, to powiemy, że to jest wojna i że to są wrogiowie z natury. Takie wrogie stosunki należy nazywać wojną. A kiedy Hellenowie z Hellenami coś podobnego robią – a są przecież z natury przyjaciółmi – to powiemy, że to jest choroba Hellady i rozpad wewnętrzny. Takie wrogie stosunki trzeba nazywać wojną domową”. Platon, *Państwo*, t. 1, przeł. W. Witwicki, Wydawnictwo Alfa, Warszawa 1994, s. 247.

7 Przykładowo, Tukidydes, *Wojna peloponeska*, przeł. Kazimierz Kumaniecki, Ossolineum, Wrocław 1991, *passim*.

8 Arystoteles, *Polityka*, przeł. L. Piotrowicz, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Kraków 1964, s. 55, 290–291.

9 Tamże, s. 290–291.

10 J. von Elbe, *The Evolution of the Concept of the Just War in International Law*, American Journal of International Law 1939, t. 33, s. 666–667; A. Nussbaum, *Just War – A Legal Concept?*, „Michigan Law Review” 1943, t. 42, s. 454. Zob. również monografię M. Mantovani, *Bellum iustum. Die idee des gerechten Kriegeres in der romischen Kaiserzeit*, Peter Lang, Bern 1990.

11 Cała procedura jest opisana przykładowo w: A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, The Macmillan Company, New York 1947, s. 16–17. Zob. również W.B. Ballis, *The Legal Position...* dz. cyt., s. 20–24 oraz w szczególności D.J. Belderman, *International law in antiquity*, Cambridge University Press, 2001, s. 231 i nast.

12 Warto zauważyć, że fecjałów często określano mianem „deklarujących pokój”, „strażników pokoju”, „tworzących pokój” itp. C. Phillipson, *The International...* dz. cyt., t. 2, s. 316.

13 Opisana procedura nie miała zastosowania w przypadku, gdy danej społeczności nie przyznawano miana państwa albo gdy miał miejsce niespodziewany atak na imperium rzymskie, a także w razie wojny domowej.

14 Przykładowe formułki, jakie przywołuje Liwiusz, to: „Oświadczam, że naród ten jest niesprawiedliwy i że nie dał zadośćuczynienia”; „Zważywszy, że rzeczy, sporów i spraw, o których przewodniczący fecjałów (*pater patratus*) rzymskiego narodu Kwirytów zawiadomił przewodniczącego fecjałów narodu dawnych Latynów oraz ludzi latyńskich, dawni La-

Cyceron (106–43 p.n.e.), z którego obficie czerpali teologowie chrześcijańscy, podkreślał w swych dziełach, że aby wojnę można było uznać za sprawiedliwą, nie tylko powinna być ona prawidłowo wypowiedziana i wcześniej zapowiedziana (a więc należało zastosować procedurę opisaną wyżej), ale również konieczne było stwierdzenie, że jest ona prowadzona ze względu na sprawiedliwe powody, do których należały: obrona własna, konieczność ukarania wrogów, odzyskanie zagrabionych dóbr¹⁵. Jego słowa znajdują potwierdzenie w ówczesnej praktyce. Przywódcy Rzymu nie mogli rozpocząć wojny bez przyzwolenia kapłanów, których rola nie ograniczała się wyłącznie do wypełnienia odpowiedniej procedury. Początkowo feccjalowie mieli realną władzę polityczną i prawną, gdyż to oni decydowali, czy istnieją wystarczające podstawy do wypowiedzenia wojny¹⁶. Zazwyczaj za ważny powód rozpoczęcia wojny uznawali pogwałcenie traktatu, złamanie sojuszu, zbrodnie wyrządzone sojusznikom czy ambasadorom, nieusprawiedliwioną odmowę przyjęcia poselstwa, odrzucenie zasad neutralności, naruszenie praw do danego terytorium, pogwałcenie miejsc świętych, odmowę wydania osób winnych powyższych lub innych przewinień¹⁷.

tynowie nie dali, nie wypełnili, nie załatwili, które to rzeczy należało wydać, załatwić i wypełnić, sędzę, zgadzam się i wypowiadam za dochodzeniem ich w bezwarunkowej i uczciwej wojnie”; „Zważywszy, że narody łatyńskie działały przeciwko rzymskiemu narodowi Kwirytów i że dopuściły się przestępstwa, a następnie, że rzymski naród Kwirytów uchwalił prowadzić wojnę z Latynami, że senat rzymskiego narodu Kwirytów przyjął, wyraził zgodę i postanowił, ażeby prowadzić wojnę z Latynami, dlatego ja i naród rzymski wypowiadam i czynię wojnę narodowi łatyńskiemu”. Tłumaczenie za: R. Bierzanek, *Wstęp* (w:) H. Grotius, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju, w których znajdują wyjaśnienie prawo natury i prawo narodów a także główne zasady prawa publicznego*, t. 2, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957, s. 249. Por. T.E. Holland, *Lectures on International Law*, Sweet & Maxwell Limited, London 1933, s. 250.

15 M. T. Cyceron, *O państwie* (w:) M.T. Cyceron, *O państwie. O prawach*, Wydawnictwo Antyk, Kęty 1999, s. 72.

16 C. Phillipson, *The International...* dz. cyt., t. 2, s. 181. Z czasem *fetiali* zostali zastąpieni przez *legati*, co oznaczało, że funkcje związane z rozpoczęciem wojny pełnili już nie przedstawiciele kasty religijnej, lecz polityczni emisariusze, urzędnicy mianowani przez władzę. D.J. Bederman, *International...* dz. cyt., s. 239.

17 Tamże, s. 182.

Wraz z rozrostem imperium coraz częściej pomijano skomplikowaną procedurę wypowiedzania wojny z powodów czysto praktycznych. Zbyt kłopotliwe było wysyłanie kapłana do miejsca oddalonego o kilkaset czy nawet kilka tysięcy kilometrów tylko po to, by dopełnić odpowiednich formalności. Feccjalowie stopniowo tracili na znaczeniu, a ich decyzje były coraz częściej podporządkowane celom politycznym¹⁸. W końcu przed IV wiekiem kolegium feccjalów zanikło¹⁹, ale idea *bellum iustum* odżyła w doktrynie chrześcijańskiej.

Chrześcijaństwo przeszło zasadniczą zmianę podejścia do wojny²⁰. Początkowo przedstawiciele wczesnej chrześcijańskiej doktryny – Orygenes (185–254), Tertulian (160–220), Laktancjusz (250–330) czy Hipolit z Rzymu (zm. 236) – sprzeciwiali się udziałowi chrześcijan w wojnach²¹ i wręcz formułowali zakaz dobrowolnego zaciągania się do armii przez wyznawców Chrystusa²². Stąd też ich poglądy określane są jako skrajnie pacyfistyczne²³.

Myśliciele wczesnochrześcijańscy dostrzegali jednak konieczność obrony ojczyzny i rolę armii w zapewnieniu bezpieczeństwa. Uważali jednak, że wyznawcy Chrystusa najlepiej przysłużą się im-

18 Tamże, s. 343–344; H. Wehberg, *The Outlawry of War*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 1931, s. 2.

19 C. Phillipson, *The International...* dz. cyt., t. 2, s. 348.

20 Wartościową publikacją, w której można odnaleźć nie tylko analizę podejścia chrześcijaństwa do problemu wojny i pokoju, lecz również cytaty z oryginalnych tekstów chrześcijańskich autorów, stanowi pozycja: J. Eppstein, *The Catholic Tradition of the Law of Nations*, Burns Oates & Washbourne Ltd., London 1935.

21 Myśliciele ci podpierali swoje wywody odpowiednimi cytata z Biblii, które jednoznacznie potępiały wojnę, jak przykładowo fragment Księgi Izajasza (2,4): „Wtedy swe miecze przekują na lemiesz, a swoje włócznie na sierpy. Naród przeciw narodowi nie podniesie miecza, nie będą się więcej zaprawiać do wojny”.

22 Tertulian, *O wieńcu* (w:) Tertulian, *Wybór Pism III*, przekład D. Stryk et al., Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Warszawa 2007, s. 118, Tertulian, *O bałwochwalstwie* (w:) tamże, s. 147. Relewantne cytaty są również zebrane w: J. Eppstein, *The Catholic...* dz. cyt., s. 31 i nast. Zob. również L. Winowski, *Stosunek chrześcijaństwa pierwszych wieków do wojny*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 1947, s. 15 i nast.

23 I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford 1968, s. 5, J. L. Kunz, *Bellum Iustum and Bellum Legale*, „American Journal of International Law” 1951, t. 45, s. 530.

perium swoją modlitwą²⁴. Ponadto obawiali się, zresztą słusznie, że chrześcijańscy żołnierze będą zmuszani do bałwochwalstwa, gdyż składanie ofiar pogańskim bóstwom było jednym z obowiązków każdego członka armii²⁵. Nie bez znaczenia było ich głębokie przekonanie o konieczności bezwzględnego poszanowania życia ludzkiego, a także wiara w rychłe powtórne przyjście Chrystusa i nastanie powszechnego pokoju²⁶.

Pierwsi chrześcijanie mogli pozwolić sobie na takie poglądy, gdyż początkowo wyznawcy Chrystusa nie byli przymusowo wcielani do armii, ponieważ władze obawiały się coraz większych wpływów tej nowej „sekty” wśród żołnierzy, którzy podburzeni mogli dokonać zamachu stanu. Pytanie, czy służyć w armii, było rozważane prywatnie przez poszczególne osoby, które dobrowolnie chciały zaciągnąć się do wojska²⁷. Nie był to problem, z którym musiał zmierzyć się każdy chrześcijański mężczyzna. W związku z tym, chociaż niektórzy doszukują się załączków doktryny wojny sprawiedliwej u Tertuliana²⁸ czy Orygenes²⁹, to jednak ze względu na powyższe okoliczności problem, jaką wojnę należy uznać za sprawiedliwą, nie należał do priorytetowych w rozważaniach wspomnianych autorów.

Sytuacja zmieniała się, gdy chrześcijaństwo stało się religią państwową³⁰ i w interesie chrześcijan le-

żała obrona imperium rzymskiego przed najazdami barbarzyńców. Kościół musiał znaleźć uzasadnienie dla radykalnej zmiany podejścia do wojny. Jeszcze niedawno bowiem chrześcijan obowiązywał całkowity zakaz zaciągania się do wojska, gdy nagle zaczęto wymagać od nich przelewania krwi za imperium, a za dezercję groziła ekskomunika³¹. Zadaniu temu sprostał św. Augustyn (354–430), który w *De Civitate Dei*, rozwinięszy wcześniejsze tezy św. Ambrożego (333 lub 340–397) przedstawione w *De Officiis ministrorum*³², przyjął, że choć wojna jest zawsze wydarzeniem tragicznym, to jednak w pewnych przypadkach zło wyrządzone przez przeciwnika wymaga jej wszczęcia³³, a zabicie człowieka w wojnie prowadzonej zgodnie z nakazami Boga nie jest grzechem³⁴.

Święty Augustyn uznał, że te wojny są sprawiedliwe, które są prowadzone w celu pomszczenia krzywd lub aby odzyskać to, co zostało „drogą krzywdy” zagarnięte³⁵. U św. Augustyna podział na wojnę sprawiedliwą i niesprawiedliwą nie pokrywa się zatem z rozróżnieniem na wojnę defensywną i ofensywną. Również wojna ofensywna mogła być usprawiedliwiona, jeśli tylko jej przyczyną był jeden z powodów wymienionych wyżej. Św. Augustyn podkreślał, że celem każdej wojny jest pokój³⁶. Nie jest więc sprawiedliwą wojna, która jest prowadzona z chciwości, okrucieństwa, żądzy sławy, podbojów³⁷. W pismach

24 „Walczyliśmy tedy za cesarza lepiej niż ktokolwiek inny; nie wyruszyliśmy jednak na jego rozkaz w bój, lecz organizujemy własny legion pobożności i wspieramy władzę modlitwami, które wnosimy do Boga” – Orygenes, *Przeciw Celsusowi*, przeł. S. Kalinkowski, wyd. 2., Akademia Teologii Katolickiej, Warszawa 1986, s. 424.

25 Tertulian, *O wieńcu*...dz. cyt., s. 118–120.

26 L. Winowski, *Stosunek chrześcijaństwa*...dz. cyt., s. 28 i nast.

27 J. Eppstein, *The Catholic*...dz. cit, s. 29.

28 ks. A. Szafulski, *Francisco de Vitoria prekursor podstawowych praw człowieka i wspólnoty międzynarodowej*, Papieski Fakultet Teologiczny we Wrocławiu, Wrocław 2007, s. 114.

29 Zob. J. Eppstein, *The Catholic*... dz. cyt., s. 43 i przywołane tam fragmenty.

30 Edykt mediolański z 313 roku oficjalnie uznał religię chrześcijańską, a w 392 roku chrześcijaństwo stało się religią państwową. Warto zaznaczyć, że już w 314 roku na synodzie w Arles przyjęto, że każdy, kto dezertuje w czasie pokoju, podlega ekskomunie („De his qui arma proiciunt in pace placuit abstinere eos a communione”), a św. Atanazy podkreślał, że pozabawienie życia przeciwnika podczas wojny sprawiedliwej może

być powodem do chwały. E. Nys, *Les origines du droit international*, Alfred Castaigne, Bruxelles 1894, s. 45. Zob. również. L. Winowski, *Stosunek chrześcijaństwa*...dz. cyt., s. 36 i nast.

31 J. Eppstein, *The Catholic*...dz. cyt., s. 49.

32 Świętego Ambrożego niekiedy określa się mianem chrześcijańskiego Cyncera. F.H. Russell, *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge 1977, s. 14.

33 Św. Augustyn, *Państwo Boże*, przeł. ks. W. Kubicki, Wydawnictwo Antyk, Kęty 1998, s. 109.

34 Tamże, s. 46.

35 Św. Augustyn, *Problemy Heptateuchu, Część Druga*, przeł. J. Sulowski, Akademia Teologii Katolickiej, Warszawa 1990, s. 64.

36 „A więc i wojna toczy się z dążenia do pokoju, nawet przez tych, co pilnie zaprawiają się do cnoty rycerskiej, dowództwo sprawując i boje wiodąc. Pewnik to jest, że pokój jest pożądanym końcem wojny”. Św. Augustyn, *Państwo*... dz. cyt., s. 776.

37 „Bo co obciąża winą na wojnie? Czyż to, że umierają, mający umrzeć, żeby zwycięzcy zażywali pokoju? Przyganiać czemuś takiemu jest cechą ludzi bojaźliwych, a nie pobożnych. Żądza

św. Augustyna można odnaleźć w sumie trzy przesłanki decydujące o kwalifikacji danej wojny jako sprawiedliwej: upoważnienie prawowitego władcy, właściwy cel oraz intencja³⁸. Stworzyły one matrycę, z której korzystali kolejni teoretycy idei wojny sprawiedliwej.

Z jednej strony za paradoks, a z drugiej za oczywistość można uznać fakt, że to właśnie w czasach starożytnych, obfitujących w konflikty zbrojne, których często jedynym celem była ekspansja, narodziła się idea wojny sprawiedliwej. To wówczas został stworzony trzon teorii wojny sprawiedliwej, którym jest odwołanie do sprawiedliwej przyczyny oraz ostatecznego celu wojny, jakim miał być pokój. Niestety, praktyka pokazała, że idee klasyków tamtych czasów były częściej postulatem niż odbiciem rzeczywistości³⁹.

Średniowiecze

Średniowiecze to okres intensywnego rozwoju doktryny wojny sprawiedliwej, mimo, a może właśnie dlatego, że wówczas, przynajmniej w Europie, dochodziło do wielu wojen zarówno publicznych, jak i prywatnych, które stały się prawdziwą plagą uniemożliwiającą rozwój gospodarki, nie wspominając już o ogromnych stratach ludzkich⁴⁰. W ówczesnych rozważaniach na temat wojny sprawiedliwej ważne miejsce zajmowała nie tylko kwestia powodów, dla których można wojnę toczyć, ale również problem,

kto ma prawo wszcząć wojnę – papież, cesarz czy każdy niezależny władca.

Kościół podejmował wysiłki, aby ograniczyć możliwość prowadzenia wojen, wprowadzając takie instytucje jak Pokój czy Rozejm Boży⁴¹, ale jednocześnie powoływał własne siły zbrojne⁴² i próbował wykorzystać wysiłek wojenny do prowadzenia świętych (co zdaniem głów Kościoła było równoznaczne z uznaniem za sprawiedliwe) wojen z niewiernymi (krucjaty)⁴³. Znamienny jest fakt, że papież Urban II ogłosił instytucję Rozejmu Bożego prawem uniwersalnym na soborze w Clermont (1095), tym samym, na którym zwołał pierwszą krucjatę.

Jednym z najważniejszych średniowiecznych autorów, do którego odwoływano się niemal w każdym dziele z tamtego okresu, jest Izydor z Sewilli (570–636), który za sprawiedliwą uznawał wojnę wypowiedzianą w celu odzyskania utraconych dóbr⁴⁴ albo

wyrządzania krzywdy, okrucieństwo w wywieraniu zemsty, duch niespokojny i nie dający się ubłagać, dzikość w walce, żądza panowania i temu podobne przejawy słusznie są obwiniane na wojnie. I bardzo często, żeby tę namiętność ukarać, kierując się poczuciem prawa, nawet dobrzy ludzie podejmują się prowadzenia wojen, przeciwstawiając się przemocy, czy to na rozkaz Boga, czy też jakiejś prawowitej władzy. Św. Augustyn, *Przeciw Faustusowi. Księgi XXII–XXXIII. Przeciw Sekundynowi*, przeł. J. Sulowski, Akademia Teologii Katolickiej, Warszawa 1991, XXII, 74, s. 62

38 R.H.W. Regout, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin nos jours d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, Réimpression de l'édition de Paris 1934, Scientia Verlag Aale 1974 (Darmstadt), s. 44.

39 S.E. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, PWN, Warszawa 1967, s. 55.

40 Na temat wojen prywatnych zob. m.in. E. Nys, *Les origines...* dz. cyt., s. 78, oraz tenże *Le droit international. Les principes, les théories, les faits*, t. 3, Alfred Castaigne, Bruxelles 1906, s. 98 i nast., T.E. Holland, *Lectures...* dz. cyt., s. 247 i nast.

41 Pokój Boży określał, gdzie można prowadzić wojnę i kto może brać w niej udział (pierwszy raz ogłoszono go na synodzie w Charroux w 989 roku), gdy natomiast Rozejm Boży regulował kwestię okresów, w których można było prowadzić działania zbrojne (pierwszy raz ogłoszono go na soborze w Roussillon w 1027 roku). W. B. Ballis, *The Legal...* dz. cyt., s. 37. Inną instytucją ograniczającą możliwość prowadzenia wojny była tzw. *Quarantaine du Roi*, czyli czterdziestodniowy okres pomiędzy rozpoczęciem działań zbrojnych przez bezpośrednich przeciwników a możliwością przyłączenia się do walki ich krewnych.

42 W szczególności należy przypomnieć postać papieża Grzegorza VII, który ogłosił, że papież jest głównym źródłem władzy i powołał *militia Santi Petri*, czyli oddziały rycerstwa podlegające bezpośrednio papieżowi. Było to w okresie walki o inwestyturę pomiędzy cesarstwem a papieżem. Zob. A. Bellamy, *Just Wars...* dz. cyt., s. 44. W tym kontekście warto przypomnieć o staraniach podjętych niemal pół wieku wcześniej przez papieża Grzegorza Wielkiego, aby żołnierze mogli wstępować do zakonów, zob. szerzej J. Richards, *Consul of Gods. The Life and Times of Gregory the Great*, Routledge & Kegan, London 1980, s. 222 i nast..

43 Co ciekawe, oprócz argumentów mówiących o niechęci przyjęcia nauki Chrystusa, papieże, jako powod kolejnych krucjat, przywoływali desakralizację miejsc świętych czy zbrodnie popełnione na ludności chrześcijańskiej, a więc typowe przyczyny wojny sprawiedliwej – ukaranie sprawców i naprawienie szkody. W.B. Ballis, *The Legal...* dz. cyt., s. 36. Na temat tradycji „świętych wojen” w religiach monoteistycznych zob. H. Küng, *Religion, Violence and „Holy Wars”*, „International Review of the Red Cross” 2005, nr 858.

44 Akurat ten powód – kradzież dóbr – wskazuje, że zarówno Izydor, jak i Abelard (1079–1142) wzorowali się na konstrukcjach

odparcia najazdu wroga⁴⁵. Potępił natomiast wojnę prowadzoną z namiętności, bez słusznego powodu⁴⁶.

Ogromny wpływ na kształtowanie się średnio-wiecznej doktryny wojny sprawiedliwej miały zbiory kanonów, zwłaszcza *Concordia Discordantium Canonum* (ok. 1140 r.)⁴⁷, popularnie zwany *Dekretem Gracjana*⁴⁸. W zbiorze tym trudno odnaleźć odkryw-
cze myśli, gdyż ograniczono się w zasadzie do cyto-

Odkađ IV Sobór Laterański (1215) sformułował powszechny obowiązek spowiedzi, zaczęły powstawać utwory zatytułowane *summa* (*casuum*, *de casibus*, *casuum conscientiae*, *confessorum*)⁵¹, czyli poradniki dla spowiedników. W każdym z nich musiał się znaleźć fragment rozstrzygający o dopuszczalności prowadzenia i uczestniczenia w wojnie⁵². Najczęściej przywoływaną, również przez polskich autorów,

Odekađ IV Sobór Laterański (1215) sformułował powszechny obowiązek spowiedzi, zaczęły powstawać poradniki dla spowiedników.

wania wcześniejszych poglądów św. Augustyna czy Izydora z Sewilli⁴⁹, ale to właśnie stamtąd pochodzi często przywoływana hybrydalna definicja wojny sprawiedliwej – wojny ogłoszonej, aby pomścić wy-
rządzoną szkodę⁵⁰.

wypracowanych przez rzymskich cywilistów, które przenieśli na grunt prawa międzynarodowego publicznego.

45 Isidori Hispalensis Episcopi, *Etimologiarum Sive Originum*, Libri XX, E Typographeo Clarendoniano, Oxoni 1911, lib XVIII, 1.

46 Tamże, 2.

47 Zbiór Gracjana był zbiorem nieurzędowym. Dopiero pod koniec XVI wieku papież Grzegorz XIII ogłosił go pod powagą papieską jako *Corpus Iuris Canonici*. Z innych zbiorów kanonów warto wspomnieć również o zbiorze Dekretaków Grzegorza IX, przygotowanym przez Rajmunda z Penjafort w 1234 roku na polecenie papieża Grzegorza IX. Jego kontynuacją jest *Liber Sextus* z 1294 roku. Kolejnym uzupełnieniem był zbiór wydany przez Klementa V, a ogłoszony przez Jana XXII, nazwany *Klementynami*.

48 W zbiorze tym nie ma osobnej części poświęconej wojnie. Zagadnienia dotyczące wojny, które są przedmiotem zainteresowania niniejszej pracy, znajdują się w c. 23 części drugiej, q. 1–3, w których rozważa się następujące problemy: 1. Czy prowadzenie wojny jest grzechem? 2. Jaka wojna jest sprawiedliwa? 3. Czy siłą należy pomścić krzywdę sprzymierzeńców? Obszerne omówienie treści i znaczenia Dekretu Gracjana – zob. F.H. Russell, *The Just War...* dz. cyt., s. 55–85, oraz R. H. W. Regout, *La doctrine...* dz. cyt., s. 61–66.

49 A. Vanderpol, *Le droit de Guerre d'après les Théologiens et les Canonistes du Moyen-âge*, A. Troilin, Paris 1911, s. 41, W.B. Ballis, *The Legal...* dz. cyt., s. 45.

50 „Cum ergo iustum bellum sit, quod ex edicto geritur, vel quod iniuriæ ulciscuntur”. *Concordia Discordantium Canonum*,

summą było dzieło Rajmunda z Penjafort (1175–1275), który wyróżnił pięć warunków wojny sprawiedliwej: po pierwsze, wojna nie może być prowadzona przez osobę duchowną (podmiot); po drugie, celem wojny powinno być odzyskanie dóbr lub obrona ojczyzny (przedmiot); po trzecie, wojna musi być koniecznym środkiem do osiągnięcia pokoju (przyczyna); po czwarte, wojna nie może być prowadzona z nienawiści, żądzy zemsty lub chciwości (intencja, duch); po piątą, wojna powinna być prowadzona wyłącznie o obronę swych dóbr lub ojczyzny (upoważnienie)⁵³. Słynną głose do tej summy napisał Wilhelm z Rennes, który podkreślił, że wojna jest niedopuszczalna,

C. 23, q. 2 d.p.c. 2, dostępne na: <http://ota.ahds.ac.uk/> (dostęp: 24 IV 2010).

51 Przykładowo: Monalde (zm. 1288) – *Summa monaldina*, św. Antoni (1389–1459) – *Summa theologica*, Ange Carletti (zm. 1495) – *Summa angelica de casibus conscientiae*, Sylwester Mazzolino (1460–1523) – *Summa Sylvestrinoe quoe summa summarum merito nuncupatur*, Kajetan, czyli Tomasz de Vio (1469–1534) – *Summa S. Thomoe commentariis illustrata summula*, św. Rajmund z Penjafort (1175–1275) – *Summa Sancti Raymundi*, Henryk z Suzy, czyli Hostiensis (zm. 1271) – *Summa aurea*, Aleksander z Hales (1170–1245) *Summa Theologiae*, Astesan (zm. 1330), *Summa Astesana*.

52 L. Ehrlich, *Polski wykład prawa wojny XV wieku. Kazanie Stanisława ze Skarbimierza „De bellis iustis”*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 1955, s. 23.

53 Zob. fragment przedrukowany (w:) A. Vanderpol, *Le droit...* dz. cyt., s. 45–46.

jeśli przeciwnik godzi się na załatwienie sprawy sądownie lub polubownie⁵⁴.

Jednak to *Summa Theologiae* św. Tomasza z Akwinu (1225–1274), w której w zasadzie ograniczono się do rozwinięcia myśli św. Augustyna (co zresztą przyznaje sam autor), wywarła największy wpływ na średniowiecznych i późniejszych myślicieli. Akwinata postrzegał wojnę jako występki przeciwko pokojowi i tym samym miłości. Podtrzymał podział na wojnę sprawiedliwą i niesprawiedliwą, przy czym, aby dana wojna była odpowiednio zakwalifikować, konieczne było, jego zdaniem, spełnienie trzech warunków⁵⁵. Po pierwsze, wojna musi być prowadzona przez suwerena (*auctoritas principia, legitima auctoritatis*). Prywatne osoby mogą dochodzić swych praw przed sądami ustanowionymi przez swego władcę, więc nie mają prawa wszczynać wojen. Po drugie, wojnę można wszcząć tylko ze względu na sprawiedliwy powód (*causa iusta* – przesłanka obiektywna), czyli w celu naprawienia niesprawiedliwości, jaką jest przykładowo zaniechanie ukarania winnych lub odebranie tego, co zostało bezprawnie zabrane. Święty Tomasz scalał zatem dwa warunki Rajmunda (przedmiot i przyczynę) w jeden – przyczynę. Po trzecie, prowadzący wojnę musi mieć godną, właściwą intencję (*intentio recta* – przesłanka subiektywna), czyli przejawiać chęć czynienia dobra i unikania zła.

Kolejni po Rajmundzie z Penjafort czy Tomaszowi z Akwinu autorzy tylko doprecyzowali poszczególne warunki uznania danej wojny za sprawiedliwą lub rozwijali wątki mniej akcentowane w dziełach wspomnianych autorów, jak konieczność zachowania umiaru w prowadzeniu działań zbrojnych czy traktowanie wojny jako ostatecznego środka ochrony swych praw. Powstawały dzieła, które zajmowały się usprawiedliwianiem konkretnych przykładów wojen⁵⁶, lub takie, w których dokonywano nowych

interesujących klasyfikacji wojen⁵⁷. Coraz częściej wojna stawała się tematem osobnych opracowań, a nie tylko wypadkową częścią którejś summy⁵⁸.

Choć nie sposób omówić dzieł wszystkich autorów średniowiecznych, którzy zajmowali się problemem wojny sprawiedliwej⁵⁹, to jednak nie można nie wspomnieć o polskiej szkole prawa wojny, którą tworzyli przede wszystkim Stanisław ze Skarbimierza (zm. 1431) oraz Paweł Włodkowicz z Brudzenia (1370–1435)⁶⁰.

Stanisław ze Skarbimierza swoje kazanie *De bellis iustis*⁶¹ nasycił wieloma wezwaniami do zachowania pokoju i konsekwentnie podkreślał, że nawet wojny muszą być prowadzone tylko po to, aby osiągnąć po-

57 Najslawniejszą klasyfikację wojen przedstawił Hostencjusz, który wyróżnił cztery rodzaje wojen sprawiedliwych (*bellum romanum* prowadzona przeciwko niewiernym, *bellum iudicale* wszczynana na rozkaz władcy przeciwko rebeliantom, *bellum licitum* prowadzona w celu wykonania swego prawa, *bellum necessarium* prowadzona w samoobronie na podstawie prawa naturalnego) oraz trzy rodzaje wojen niesprawiedliwych (*bellum praesumptuosum* wszczynana przez rebeliantów, *bellum temerarium* prowadzona przez chrześcijan wbrew obowiązującemu prawu, *bellum voluntarium* prowadzona bez upoważnienia przez chrześcijan, np. przez wasali przeciwko ich suwerenowi). Zob. A. Vanderpol, *Le droit...* dz. cyt., s. 47–48, oraz E. Nys, *Les origines...* dz. cyt., s. 102. Natomiast Jan de Lignano (zm. 1383) dokonał klasyfikacji wojen na wojnę duchową: niebiańska (bunt aniołów) i ziemską (walkę dobra ze złem), oraz fizyczną: publiczną (powszechną) i partykularną (obrona indywidualna, represalia). Zob. obszerne omówienie tego podziału (w): W.B. Ballis, *The Legal...* dz. cyt., s. 51 i nast., E. Nys, *Les origines...* dz. cyt., s. 106–107.

58 Jan z Lignano, *De Bello, De Represalis, et De Duello*, Martinus Laudensis (zm. 1453) *De Bello*, Franciscus de Valderas Arias, *De bello et eius iustitia* (1533), Pierino Belli (1502–1575) *De re militari et bello*, Jan Lopez (zm. 1496) *De bello et bellatoribus*, Guillaume Mathiae (zm. 1518) *Libellus de bello iusto et licito*, Bartolus z Sassoferrato (1313–1357), *Tractatus represelium*.

59 Zadania tego podjęli się m.in. W.B. Ballis, *The Legal...* dz. cyt., R.H.W. Regout, *La doctrine...* dz. cyt., A. Vanderpol, *Le droit...* dz. cyt.

60 Ogromne zasługi dla upowszechniania wiedzy o średniowiecznej polskiej szkole prawa wojny miał Ludwik Ehrlich. Zob. przykładowo L. Ehrlich, *Paweł Włodkowicz i Stanisław ze Skarbimierza*, PWN, Warszawa 1954.

61 Kazanie w języku polskim zostało ogłoszone do wojska przez ordynariusza Jakuba Kurdwanowskiego na kilkanaście dni przed bitwą grunwaldzką. L. Ehrlich, *Polski wykład...* dz. cyt., s. 13.

54 Obszerne omówienie glosy Wilhelma z Rennes (w): L. Ehrlich, *Polski wykład...* dz. cyt., s. 28–30.

55 Św. Tomasz z Akwinu, *Suma Teologiczna, Tom 16, Miłość*, (2–2, qu. 23–46), przeł. i objaśnieniami zaopatrzył ks. A. Głazewski, Katolicki Ośrodek Wydawniczy „Veritas”, Londyn 1967, q. 40, a. 1, s. 236–238.

56 Przykładowo *Tractatus consultatorii* Henryka de Gorkum (zm. 1431).

kój⁶². Stanisław przyjął za Rajmundem z Penjafort pięć warunków wojny sprawiedliwej⁶³. Wśród powodów wszczęcia wojny Stanisław wymienia obronę napadniętej ojczyzny oraz chęć odzyskania tego, co zostało niesprawiedliwie zabrane, a czego nie można pokojowymi środkami odzyskać⁶⁴. Co ważne, Stanisław przyjmuje, że prawo do prowadzenia wojny sprawiedliwej mają również poganie⁶⁵. Dlatego nikt, łącznie z papieżem, nie jest uprawniony do podbijania ich państw⁶⁶. Tezę tę rozwinął Paweł Włodkowicz⁶⁷. Przygotował on w latach 1415–1418 na potrzeby soboru powszechnego w Konstancji szereg pism, w których, przyjąwszy pięć warunków wojny sprawiedliwej Rajmunda z Penjafort, udowydniał, że wojny Krzyżaków nie spełniają żadnego z nich, a więc są niesprawiedliwe⁶⁸. Włodkowicz podkreślał, że nie wystarczy samo ogólne upoważnienie zawarte w przywileju papieskim czy cesarskim, aby uznać daną wojnę za sprawiedliwą, gdyż każdy przypadek należy badać oddzielnie, a drugiej stronie powinno się umożliwić obronę⁶⁹. Ponadto Włodkowicz zauważa, że nie istnieje coś takiego jak domniemanie, że wojna jest sprawiedliwa. W każdym przypadku spełnienie warunków wojny sprawiedliwej należy udowodnić⁷⁰. Warto zaznaczyć, że krakowscy uczeni wyróżniali się swymi poglądami na temat możliwości prowadzenia wojen sprawiedliwych z poganami⁷¹. Znacznie wyprzedzali osiągnięcia hiszpańskich myślicieli⁷².

62 Tamże, s. 129 (§ 29).

63 Tamże, s. 95–102 (§ 4–11).

64 Tamże, s. 101–102 (§ 11).

65 Tamże, s. 113 (§ 18) i s. 135–137 (§ 38–40).

66 Tamże, s. 137 (§ 40). Jako zwolennik tolerancyjnego traktowania innowierców wstąpił się również Innocenty IV (1243–54), który jako Sinibaldus de Fiesco napisał głosę do Dekretalów Grzegorza IX, *Apparatus Decretalium*.

67 Zob. w szczególności L. Ehrlich, *Pisma wybrane Pawła Włodkowica*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1968, t. 1, s. 9 i nast.

68 Tamże, t. 1, s. XXIII i nast.

69 Tamże, t. 1, s. LXI, a także t. 2, s. 241, oraz s. 308–311.

70 Tamże, t. 2, s. 241 i 319.

71 Zob. R. Kwiecień, *Aksjologia prawa międzynarodowego a siła zbrojna w perspektywie historycznej* (w:) J. Kranz (red.), *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2009, s. 29 i nast.

72 Na temat związków pomiędzy Francisco de Vitoria a Pawłem Włodkowiczem zob. B. Winiarski, *Vitoria i Włodkowicz*, „Sprawozdania z Czynności i Posiedzeń Polskiej Akademii

Średniowiecze to najlepszy okres dla rozwoju idei wojny sprawiedliwej ze względu na silną pozycję Kościoła katolickiego, który teorię tę zaadaptował dla swoich potrzeb. Mimo różnic między poszczególnymi autorami (a dokładniej: między teologami a kanonistami, gdyż to oni zmonopolizowali dyskusję na ten temat), zarysował się konsensus co do podstawowych powodów usprawiedliwiających wojnę, do których należały: obrona, odzyskanie dóbr (często traktowane jako kontynuacja obrony), wymierzenie kary⁷³.

Nowożytność

Łącznikiem pomiędzy średniowiecznymi teoriami wojny sprawiedliwej a myślą nowożytną był Francisco de Vitoria (ok. 1480–1546) oraz inni przedstawiciele hiszpańskiej doktryny prawa XVI wieku⁷⁴. Autorzy ci nie ograniczyli się wyłącznie do omówienia kolejnych przesłanek wojny sprawiedliwej⁷⁵, lecz za-

Umiejętności” 1935, nr 10; J.W. Woś, *Un débat ouvert: Paulus Wladimiri et Francisco de Vitoria*, „Mediaevalia Philosophica Polonorum” 1975, nr 11.

73 R.H.W. Regout, *La doctrine...* dz. cyt., s. 142 i nast. W XVI wieku nadal można było mówić o polskiej szkole prawa wojny (nie była ona jednak już tak nowatorska jak ta z XV wieku), do której zaliczyć należałoby Andrzeja Frycza Modrzewskiego, *O naprawie Rzeczypospolitej*, Jakuba Przyłuskiego, *O sprawach wojskowych, czyli o wojnie*, Jana Tarnowskiego, *Consilium rationis bellicae*, oraz piszącego na początku XVII wieku Sebastiana Petrycy, *Przydatek o wojnie*. Wszyscy wymienieni autorzy zgadzali się co do tego, że wojna jest ostatecznością i można ją wszcząć wyłącznie w celu bezpośredniej obrony przed napaścią lub w celu naprawienia krzywdy, jeśli nie można uciec się do innych środków.

74 M.in. Francisco Suarez (1548–1617), *De Charitate*, Diego Covarruvias (1512–1577), *Opera omnia*, Dominique Soto (1494–1560), *De Iustitia et Iure*, Grégoire de Valentia (1551–1603), *Commentaria Theologica*, Gabriel Vasquez (1551–1604), *Commentaria in Iam II ae S. Thomae*, Jean Medina (ok. 1490–1546), *De restitutione et contractibus*, Louis Lopez (zm. 1595), *Instructorium conscientiae*, Dominique Banez (1528–1604), *Commentaria in Secundam Secundae Divi Thomae*, Louis Molina (1536–1600), *De Iustitia et Iure*. Na temat doktryny wojny w „szkole hiszpańskiej” zob. w szczególności: W. Buchner, *Wojna i konkwista. Hiszpańska myśl polityczna Złotego Wieku*, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2007. Warto pamiętać, że pomiędzy wspomnianymi autorami istniały znaczące różnice poglądów.

75 Za przesłanki wojny sprawiedliwej przedstawiciele szkoły hiszpańskiej zazwyczaj uznawali: upoważnienie władcy, sprawiedliwą przyczynę, sposób prowadzenia wojny, natomiast

jęli się problemami, które średniowieczni myśliciele w zasadzie pominęli. Do takich kwestii należały pytania, czy można wszcząć wojnę w przypadku wątpliwym, gdy przykładowo tytuł do jakiegoś terytorium nie jest pewny (tzw. teoria probabilizmu), oraz czy możliwe jest, aby wojna była sprawiedliwa dla obu stron konfliktu. Szeroko dyskutowanym problemem była również dopuszczalność prowadzenia wojny przeciwko innowiercom tylko z tego powodu, że nie są oni wyznawcami Chrystusa.

Na tle debaty dotyczącej legitymizacji hiszpańskiej konkwisty w Ameryce Południowej Vitoria wygłosił swoje wykłady *De Indis* oraz *De iure belli*⁷⁶. Wyrażone tam poglądy w większości podzielili pozostali przedstawiciele hiszpańskiej szkoły prawa XVI wieku. Vitoria przyznawał prawo do prowadzenia wojny każdemu niezależnemu suwerenowi (bez względu na jego wyznanie). Z tego uprawnienia należało jednak korzystać z rozważą, gdyż wojna jest środkiem ostatecznym, dlatego powinno się wysłuchać opinii uczciwych i mądrych obywateli swojego państwa oraz racji przeciwnika⁷⁷. Tylko doznana poważna niesprawiedliwość mogła usprawiedliwić wszczęcie wojny⁷⁸. Takie powody jak różnica religii, chęć rozszerzenia terytorium, szukanie prestiżu osobistego czy narodowego nie usprawiedliwiają rozpoczęcia wojny⁷⁹. Za sprawiedliwe przyczyny wojen zdaniem Vitorii należało wyłącznie uznać obronę, odzyskanie dóbr niesłusznie odebranych, ukaranie wyrządzonej niesprawiedliwości, zapewnienie pokoju i bezpieczeństwa na przyszłość⁸⁰. Vitoria, mimo że był poru-

szony pismami Bartolomé de Las Casas (1484–1566), w których tenże opisywał okrucieństwa hiszpańskich żołnierzy w stosunku do Indian⁸¹, to jednak znalazł powody usprawiedliwiające hiszpańską konkwistę. Vitoria uznał, że niesprawiedliwościami, które dotknęły Hiszpan, a które jednocześnie uzasadniały wojnę prowadzoną z Indianami, były m.in. odmowa przemarszu oraz naruszenie swobody handlu i pobytu na danym terytorium, a także odmowa prawa do głoszenia Ewangelii⁸². Vitoria podkreślał, że wojna nie może być obiektywnie sprawiedliwa dla obu stron konfliktu, ale istnieje możliwość, iż jedna ze stron konfliktu działa w niezachwianej niewiedzy co do prawa lub faktów i prowadzi wojnę przekonana o słuszności swojego postępowania⁸³. W takim przypadku niewiedza usprawiedliwia działanie tej strony, a wojna jest subiektywnie sprawiedliwa dla obu przeciwników. W razie wątpliwości, komu przysługuje tytuł prawny w stosunku do danego terytorium, Vitoria zalecał stosowanie reguł prawa cywilnego uprzywilejowujących posiadacza⁸⁴. Gdy dana ziemia nie była we władzy żadnej ze stron, Vitoria radził proporcjonalny podział między przeciwnikami⁸⁵.

Kontynuatorem myśli Vitorii był Francisco Suarez, który w swym dziele *De Triplici Virtuti Theologiae: Charitate* podkreślał, że o sprawiedliwej wojnie można mówić, gdy jest ona wynikiem doznanej niesprawiedliwości, której nie można naprawić żadnym innym sposobem niż wszczęciem wojny, a doznana szkoda jest tak duża, że przeważa krzywdy, które wiążą się z każdą wojną⁸⁶. Szkody, które mogą stanowić przyczynę prowadzenia wojny sprawiedliwej, Suarez podzielił na trzy rodzaje: naruszenie dóbr należących do drugiej strony i odmowa ich zwrotu, odmowa bez rozsądnego powodu możliwości korzystania z praw przysługujących wszystkim narodom

na dalszy plan przesunęli problem prawej intencji. Dominique Soto wspomina również o odpowiedniej formie prawnej (*forma iuris*), co zapewne miało oznaczać wykorzystanie wszystkich środków prawnych mających na celu utrzymanie pokoju oraz zachowanie odpowiedniej uwagi przy podejmowaniu decyzji o wszczęciu działań zbrojnych. R.H.W. Regout, *La doctrine...* dz. cyt., s. 188.

76 Pełna nazwa wykładów to: *De Indis recenter inventis relectio prior* oraz *De Indis, sive de Iure Belli Hispanorum in Barbaros, relectio posterior*. Omówienie całej twórczości F. de Vitoria – zob. ks. A. Szafulski, *Francisco de Vitoria...* dz. cyt.

77 F. de Vitoria, *Relecciones sobre los Indios y el derecho de guerra*, Espasa – Calpe Argentina, S. A., Buenos Aires 1946, s. 142, 145.

78 Tamże, s. 135–136, tenże, *O Indianach*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1954, s. 69–70.

79 Tenże, *Relecciones...* dz. cyt., s. 134–135.

80 Tamże, s. 156.

81 B. de las Casas, *Krótką relacją o wyniszczeniu Indian*, przeł. K. Niklewiczówna, PAX, Warszawa 1956.

82 F. de Vitoria, *O Indianach...* dz. cyt., s. 78 i nast. Zob. szersze omówienie powodów mogących usprawiedliwiać wojnę z Indianami: ks. A. Szafulski, *Francisco de Vitoria...* dz. cyt., s. 132 i nast.

83 F. de Vitoria, *Relecciones...* dz. cyt., s. 148.

84 Tamże, s. 143–144.

85 Tamże, s. 144–145.

86 F. Suarez, *Guerra, Intervención, Paz Internacional*, trad. L. Perea Vicente, Espasa-Calpe, S. A., Madrid 1956, s. 76–77.

(np. wolności mórz), poważny zamach na dobrą reputację albo honor suwerena lub jego podwładnych⁸⁷. Ten ostatni powód, który w zasadzie trudno zdefiniować, niestety, mógł być wykorzystany do usprawiedliwienia wojny w niemal każdej sytuacji.

Poglądy Suareza dotyczące możliwości wyegzekwowania wątpliwego prawa za pomocą wojny stały się przyczyną oskarżeń o szerzenie probabilizmu, który miał unicestwić teorię wojny sprawiedliwej. Robert Regout argumentuje jednak, że tego typu stwierdzenia wynikają z powierzchownej analizy myśli autora *De Charitate*⁸⁸. Suarez sugerował bowiem, że w przypadku gdy tytuł do danego prawa jest wątpliwy, władca najpierw powinien postawić się w roli bezstronnego sędziego i, stosując zasady prawa cywilnego, podjąć decyzję, czy rzeczywiście należy mu się tytuł do danego terytorium. Te rozważania miały doprowadzić suwerena do pewności co do posiadania danego prawa lub jego braku. Jeśli władca doszedł do wniosku, że należy mu się dany tytuł prawny, mógł, zachowując opisane wyżej warunki, wyegzekwować go za pomocą wojny⁸⁹. Warto podkreślić, że samo tylko prawdopodobieństwo posiadania danego prawa nie uprawniało, według Suareza oraz innych współczesnych mu autorów, do rozpoczęcia wojny. Konieczna była pewność posiadania prawa. Choć należy zaznaczyć, że słuszne były obawy co do bezstronności osądu każdego z władców⁹⁰.

Vitoria czy Suarez kontynuowali linię ojców teologów, rozwijając wątki, które tamci pominęli. Pojawili się jednak autorzy, którzy swoje krytyczne rozważania nad możliwością prowadzenia wojny oderwali od tomistycznych pryncypiów. Mowa m. in. o Erazmie z Rotterdamu (1466–1536), który wątpił w sprawiedliwość jakiegokolwiek wojny i dopuszczał możliwość jej prowadzenie wyłącznie wtedy, gdy już nie sposób było wojny uniknąć⁹¹, oraz Tomaszu Morusie (1478–1535), który mimo swej iście utopi-

nej wizji dopuszczał wojnę w obronie własnego kraju i państwa przyjaciół lub w ramach rewolucji przeciwko tyranii oraz w celach ofensywnych, aby pomścić krzywdy przyjaciół lub swoich obywateli⁹².

Wiek XVI to jednak czas teoretyków absolutyzmu, którzy całkowicie przeformułowali podejście do wojny i przyznali suwerenowi nieograniczone prawo do jej prowadzenia⁹³. Niccolò Machiavelli (1469–1527), co symptomatyczne, w zasadzie nie rozważa problemu sprawiedliwości, czy niesprawiedliwości wojny⁹⁴. Stwierdza jedynie, że do wojny można się uciec zawsze, gdy jest to użyteczne dla państwa⁹⁵. Jego zdaniem wojny ekspansywne mają charakter naturalny i powszechny, a jeśli prowadzone są z sukcesem, zasługują na pochwałę⁹⁶. Inny zwolennik absolutyzmu – Jean Bodin (1530–1596) – w pełni rozwinął koncepcję suwerenności jako absolutnej, nieustającej, bezwarunkowej i nieograniczonej ani co do zakresu, ani co do czasu władzy w państwie⁹⁷. Związane z nią było niczym nieskrępowane prawo

92 Tomasz Morus wyróżnił następujące powody wojny sprawiedliwej – obrona własnych granic, odparcie wrogów, którzy wtargnęli do kraju ich sprzymierzeńców, pomoc innemu narodowi w uwolnieniu się spod jarzma tyranii i niewoli, akcja ofensywna w celu pomocy przyjaciołom w pomśczeniu ich szkody lub w przypadku, gdy własni obywatele są okaleczani lub zabijani, a napastnicy nie zostali wydani. T. More (Morus), *Utopia*, Instytut Wydawniczy Daimonion, Lublin 1993, s. 112 i nast. Zob. P.G. Lovett, *Justifying...*, dz. cyt., s. 165 i nast., gdzie omówiono nie tylko twórczość Erazmusa i Morusa, ale i wielu innych autorów czasów elżbietańskich, włączając w to Williama Szekspira oraz Marcina Lutra i Johna Calvina. Por. również S. Swieżawski, *U źródeł nowożytnej etyki. Filozofia moralna w Europie XV wieku*, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 1987, s. 244–251.

93 Zob. szerzej: B. Szlachta, *Konstytucjonalizm czy absolutyzm. Szkice z francuskiej myśli politycznej XVI wieku*, Ośrodek Myśli Politycznej, Kraków 2005, w szczególności rozdział *Szkice czwarty. Problem suwerenności, czyli o koncepcjach (nie tylko Jean Bodin)*, s. 259 i nast.

94 R. Kwiecień, *Aksjologia...*, dz. cyt., s. 46.

95 N. Machiavelli, *Rozważania nad pierwszym dziesięcioleciem historii Rzymu Liwiusza*, przeł. K. Żaboklicki, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1984, s. 175, 245 i 253. Por. W.B. Ballis, *The Legal...*, dz. cyt., s. 68–69.

96 N. Machiavelli, *Książę*, przeł. Cz. Nanke, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1984, s. 43.

97 J. Bodin, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, tłumaczenie zbiorowe, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1958, I, 8, s. 88 i nast.

87 Tamże, s. 77.

88 R.H. W. Regout, *La Doctrine...*, dz. cyt., s. 209 i nast.

89 F. Suarez, *Guerra...*, dz. cyt., s. 91 i nast.

90 R.H.W. Regout, *La Doctrine...*, dz. cyt., s. 230 i nast.

91 D. Erazmus, *The Education of a Christian Prince*, przeł. L.K. Born, Columbia University Press, New York 1936, s. 249 i nast. Zob. również: tenże, *Pochwała głupoty*, przeł. E. Jędrkiewicz, Ossolineum, Wrocław 1953, s. 42, 136.

suwerena do wojny⁹⁸. Podobnie twierdził Hobbes (1588–1679), który jako jedno z uprawnień suwerena wymienił prawo do prowadzenia wojny i do zawierania pokoju, które miało oczywiście być wykorzystywane dla dobra publicznego⁹⁹.

Wsparcia dla powyższych poglądów udzielił jeden z ojców prawa narodów – Alberico Gentili (1552–1608)¹⁰⁰. Gentili zakładał, że wojna to sprawiedliwa i publiczna rywalizacja (*contest*) państw¹⁰¹. Wojna była, jego zdaniem, sprawiedliwa, jeśli była potrzebna, choć, jak zaznaczał, najpierw należy dążyć do znalezienia rozwiązania sporu środkami pokojowymi¹⁰². Jego poglądy były więc zbieżne z koncepcjami Machiavellego¹⁰³. Jako przyczyny wojny ofensywnej Gentili wymieniał potrzebę (np. jeśli wzrosła nadmiernie liczba ludności w kraju sąsiednim), doraźne cele (zemsta za wyrządzoną szkodę – nawet jeśli jej celem jest tylko przyjemność umysłu, odmowa handlu) i honor (znieważanie w bestialski sposób)¹⁰⁴. Tylko w jednym przypadku Gentili wyraźnie wykluczył prowadzenie wojny. Wojna, jego zdaniem, nie mogła być prowadzona wyłącznie z pobudek religijnych¹⁰⁵.

Próbę wtłoczenia tradycyjnej teorii wojny sprawiedliwej jako prawa naturalnego w ramy prawa narodów podjął Hugo Grocjusz (1583–1645). Jego główne dzieło na temat wojny, *De iure belli ac pacis*, nie zawiera nowych idei, stanowi jedynie zręczną

kompilację dotychczasowych poglądów¹⁰⁶. Jednak ze względu na ogromny oddźwięk, z jakim się spotkało, nie sposób nie omówić go obszerniej.

Grocjusz definiował wojnę jako „stan, w jakim znajdują się osoby toczące spór przy użyciu siły”¹⁰⁷. Podkreślał, że wojna jest zgodna z prawem natury¹⁰⁸, choć ze względu na „niezliczone nieszczęścia”, które są jej następstwem, należy skłaniać się do zachowania pokoju¹⁰⁹ i jeśli dojdzie do wojny, prowadzić ją właśnie ze względu na pokój¹¹⁰. Grocjusz przyjmował, że wojnę powinno się wszczynać jedynie dla dochodzenia prawa, a wszczętą prowadzić tylko w granicach prawa i dobrej wiary¹¹¹. Duże znaczenie przywiązywał do formalnego wypowiedzenia wojny¹¹². Za przyczyny usprawiedliwiające wojnę uznał tradycyjne powody wymieniane przez średniowiecznych teologów, a mianowicie obronę, odzyskanie zabranych rzeczy i wymierzenie kary¹¹³. Grocjusz analizuje szereg przyczyn, które nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla prowadzenia wojny, jak m.in. lęk przed potęgą państw sąsiednich, dążenie do zmiany siedzib, odkrycie rzeczy, która należy do innej osoby, chęć uczynienia swymi poddanymi obcej ludności, rzekomo dla jej dobra¹¹⁴. Jeśli mimo istnienia sprawiedliwego powodu wszczęcia wojny okaże się, że rzeczywistą przyczyną było przykładowo pragnienie zaszczytów, to choć jest to naganne, przewinienie to nie sprawia, że wojna przestaje być sprawiedliwa, gdyż istnieje przyczyna ją usprawiedliwiająca¹¹⁵. Grocjusz czerpiąc z hiszpańskiej szkoły prawa, uznaje, że wojna nie może być sprawiedliwa dla obu stron, tak jak obie strony konfliktu nie mogą

98 Tamże, I, 10, s. 188. Zob. jednak uwagi F. Ryszki dotyczące porównania idei Machiavellego i Bodina. F. Ryszka, *Polityka i wojna. Świadomość potoczna a teorie XX wieku*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1974, s. 25–26.

99 T. Hobbes, *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, przeł. Cz. Znamierowski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1954, s. 158–159. Zob. również R. Tuck, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 109 i nast.

100 Jego wielkim admiratorem jest m.in. T.E. Holland, zob. T.E. Holland, *Studies in international law*, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt 1979, s. 1 i nast.

101 A. Gentili, *De Iure Belli Libri Tres*, t. 2, przeł. J. C. Rolfe, Clarendon Press, Oxford 1933, s. 12.

102 Tamże, s. 20.

103 A.P. Sereni, *The Italian Conception of International Law*, Columbia University Press, New York 1943, s. 111.

104 A. Gentili, *De iure...* dz. cyt., s. 79 i nast.

105 Tamże, s. 38 i nast.

106 Zob. przykładowo krytyczne uwagi: I. Brownlie, *International...* dz. cyt., s. 13, oraz wstęp R. Bierzanka (w:) H. Grotius, *Trzy księgi...* dz. cyt., t. 1. Z kolei R. Kwiecień siłą dzieła Grotiusa widzi w systematyczności i spójności wywodu, wielowątkowości argumentacji, głębokim humanizmie. R. Kwiecień, *Aksjologia...* dz. cyt., s. 39.

107 H. Grotius, *Trzy księgi...* dz. cyt., t. 1, s. 86.

108 Tamże, t. 1, s. 106–107, 109.

109 Tamże, t. 2, s. 154.

110 Tamże, t. 1, s. 86.

111 Tamże, t. 1, s. 61.

112 Tamże, t. 1, s. 245.

113 Tamże, t. 1, s. 237.

114 Tamże, t. 2, s. 136–149.

115 Tamże, t. 2, s. 148–9.

mieć racji w sporze sądowym¹¹⁶. Jednak, jak zaznacza, tylko tego można oskarżyć o niesprawiedliwe działanie, kto wie o tym, że czyni niesprawiedliwie¹¹⁷. Odnosząc się do teorii probabilizmu, stwierdził, że wojna jest sprawą tej wagi, że nie wystarczy do jej prowadzenia przyczyna prawdopodobna, konieczne są przyczyny „najbardziej oczywiste”¹¹⁸.

Grocjusz napisał swe dzieło przed ostatecznym zakończeniem wojny trzydziestoletniej, co nie jest bez znaczenia. Pokój westfalski rozpoczął nową erę, w której państwa przywiązywały wagę raczej do utrzymania chwiejnej równowagi między głównymi mocarstwami niż do kwalifikacji danej wojny jako sprawiedliwej lub niesprawiedliwej¹¹⁹. Nie miało znaczenia, czy dane mocarstwo wszczyna wojnę

nikt nie może bowiem prowadzić niesprawiedliwej wojny, nie wiedząc o tym¹²⁰. Wśród sprawiedliwych powodów wszczęcia wojny wymienił ukaranie przestępstw przeciwko prawu narodów¹²¹, samoobronę oraz stłumienie rebelii¹²².

Z kolei Samuel von Pufendorf (1632–1694), mimo że również poświęcił w *De iure naturae et gentium* oraz *Elementorum, iurisprudentiae universalis* sporo miejsca zagadnieniu wypowiedzenia wojny, to zajął się także sprawiedliwymi powodami, które muszą uzasadniać wszczęcie wojny. Von Pufendorf wyróżnił trzy przyczyny usprawiedliwiające wojnę: obronę, otrzymanie zapłaty tego, co się należy, otrzymanie satysfakcji za szkody lub gwarancji na przyszłość¹²³. Zaznaczył jednak, że jeśli dana strona nie stara się rozwiązać

Grocjusz, czerpiąc z hiszpańskiej szkoły prawa, uznaje, że wojna nie może być sprawiedliwa dla obu stron.

ze względu na sprawiedliwy powód, lecz to, czy w wyniku wojny nie zdobędzie zbytnej przewagi nad pozostałymi uczestnikami systemu. Dlatego w pismach prawników coraz mniej miejsca poświęca się idei wojny sprawiedliwej, traktując ją jako problem wyłącznie etyczny. Skupiano się natomiast na obowiązku odpowiedniego wypowiedzenia wojny lub możliwościach rozwiązywania sporów w inny sposób niż za pomocą działań zbrojnych.

Powyższą tendencję widać już w dziele Richarda Zouche (1589–1661) *Iuris et Iudicii Fecialis, sive, Iuris Inter Gentes, et Questionum de Eodem Explicatio*, w którym autor skupił się na obowiązku wypowiadania wojny, natomiast do problemu sprawiedliwych powodów wszczęcia wojny nie dodał zbyt wiele. Stwierdził jedynie, że o kwalifikacji danej wojny decyduje intencja, dlatego wojna może być obiektywnie niesprawiedliwa, ale subiektywnie sprawiedliwa,

sporu środkami pokojowymi, to nie może mieć sprawiedliwego powodu po swojej stronie¹²⁴. Von Pufendorf odróżnił prawo pozytywne od prawa narodów, które, jego zdaniem, stanowiło część prawa naturalnego, z którym utożsamiał koncepcję wojny sprawiedliwej. Miało to doprowadzić, według jego krytyków, do postrzegania prawa narodów jako zbioru zasad moralnych i pozbawienia go waloru prawa „prawdziwego”¹²⁵.

Za kategorię rozdziałem pomiędzy prawem narodów a prawem naturalnym opowiedział się w *De Iure Naturae et Gentium Dissertationes* Samuel

116 Tamże, t. 2, s. 158–159.

117 Tamże, t. 2, s. 159.

118 Tamże, t. 2, s. 160.

119 W. B. Ballis, *The Legal...* dz. cyt., s. 63.

120 R. Zouche, *Iuris et Iudicii Fecialis, sive, Iuris Inter Gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio*, t. 2, przeł. J.L. Brierly, Carnegie Institution of Washington, Washington 1911, s. 112.

121 Tamże, s. 116

122 Tamże, s. 171.

123 S. von Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, t. 2, przeł. C.H. Oldfather i W.A. Oldfather, Clarendon Press, Oxford 1934, s. 1294, zob. Również: tenże, *Elementorum, iurisprudentiae universalis libri duo*, t. 2, przeł. W.A. Oldfather, Clarendon Press, Oxford 1931, s. 834.

124 Tenże, *Elementorum...* dz. cyt., s. 145.

125 R. Kwiecień, *Aksjologia...* dz. cyt., s. 51.

Rachel (1628–1691)¹²⁶. Wojna według Rachela, zgodnie z prawem narodów, była wówczas sprawiedliwa, gdy była wypowiedziana przez suwerena w odpowiedniej formie¹²⁷. Natomiast zgodnie z prawem natury, wojna jest dopiero wtedy sprawiedliwa, gdy jest prowadzona ze względu na sprawiedliwy powód, przy zastosowaniu odpowiednich środków, jej wszczęcie jest proporcjonalne w stosunku do przyczyny, która ją wywołała, istnieje właściwa intencja, jest konieczna, gdyż pokojowe środki nie przyniosły rezultatu, a jej celem jest osiągnięcie pokoju¹²⁸. Rozróżnienie między prawem narodów a prawem natury ma fundamentalne znaczenie, gdyż wydaje się, że Rachel miał na myśli rozdział między etyką (powody usprawiedliwiające) a prawem (formalny warunek – wypowiedzenie przez suwerena)¹²⁹. Była to prosta droga do wykluczenia problemu wojny sprawiedliwej z obszaru analizy prawnej¹³⁰.

Johann Wolfgang Textor (1638–1701) w *Synopsis Iuris Gentium* również odróżnił prawo narodów od prawa natury, ale nie dokonał takiego drastycznego rozdziału jak Rachel. Wojnę definiował jako stan (*condition*), w którym po ogłoszeniu przez władze publiczne podejmowane są legalne działania zbrojne między królewskimi lub *quasi*-królewskimi jednostkami ze względu na sprawiedliwą przyczynę¹³¹. Taka przyczyna występuje wówczas, gdy zostanie wyrządzona poważna szkoda, a dana strona odmówi jej naprawienia. W takim przypadku, gdy zostanie wszczęta przeciwko niej wojna, nie może się ona powoływać na sprawiedliwy powód w postaci samoobrony¹³². Textor, rozważając problem uznania wojny za sprawiedliwą dla obu stron konfliktu, dzieli powody po pierwsze, na takie, które istnieją tylko w wyobrażeniach wszczynających wojnę, a nie mają żadnego pokrycia, choćby tylko w prawdopodobień-

stwie wystąpienia sprawiedliwego powodu; po drugie, na takie, które istnieją głównie w mniemaniu wszczynających wojnę, a które nie są na pierwszy rzut oka nieprawdopodobne, ale towarzyszy im niewiedza, że tytuł prawny drugiej strony jest bardziej uzasadniony; oraz, po trzecie, na takie, które znajdują potwierdzenie przede wszystkim w faktach i są bardziej sprawiedliwe oraz prawdopodobne niż drugiej strony¹³³. Według Textora tylko powody, które można zakwalifikować do drugiej lub trzeciej kategorii usprawiedliwiają wszczęcie wojny, jeśli strony działają w dobrej wierze. Choć więc nie będzie można mówić o istnieniu materialnej sprawiedliwości po obu stronach, to jednak nie jest to konieczne, aby uznać daną wojnę za sprawiedliwą dla obu stron konfliktu¹³⁴.

Problem wojny sprawiedliwej został zignorowany przez Corneliusa van Bynkershoek (1673–1743), który w swym dziele *Questionum Iuris Publici* ogranicza się jedynie do dywagacji, w jakich przypadkach nie jest konieczne formalne wypowiedzenie wojny¹³⁵. Niemal całkowicie problem sprawiedliwych powodów wszczęcia wojny pomija Johann Jacob Moser (1707–1785), który w *Versuch des neuesten Europäischen Völkerrechts In Friedens- und Kriegs Zeiten* jedynie stwierdza, że podstawa *Kriegsraison* przejawia się w tym, że wojna jest konieczna ze względu na istniejące okoliczności i że inne państwa europejskie w innych, podobnych przypadkach również uznają prowadzenie wojny za dozwolone¹³⁶. Takie stwierdzenie oznaczało uzasadnienie właściwie dla każdej wojny.

Temat wojny sprawiedliwej podjęli Christian Wolff (1679–1754) i jego wierny uczeń Emerich Vattel

126 S. Rachel, *De Iure Naturae et Gentium Dissertationes*, t. 2, przeł. J.P. Bate, Carnegie Institution of Washington, Washington 1916, s. 183.

127 Tamże, s. 185.

128 Tamże, s. 183–184.

129 W.B. Ballis, *The Legal...dz. cyt.*, s. 126.

130 A. Nussbaum, *Just War...dz. cyt.*, s. 467.

131 J.W. Textor, *Synopsis Iuris Gentium*, (*Synopsis of the Law of Nations*), t. 2, przeł. J.P. Bate, Carnegie Institution of Washington, Washington 1916, s. 160.

132 Tamże, s. 181.

133 Tamże, s. 175–176.

134 Tamże, s. 174.

135 C. von Bynkershoek, *Questionum Iuris Publici Libri Duo*, t. 2, przeł. T. Frank, Clarendon Press, Oxford 1930, s. 18 i nast.

136 „Der Grund des Kriegsraison besteht also darin: 1. Dass die vorliegende Umstände es nöthig machen und 2. dass andere Europäische Staaten in anderen ähnlichen Fällen dergleichen auch für erlaubt gehalten haben.“ J. J. Moser, *Versuch des neuesten Europäischen Völkerrechts In Friedens- und Kriegs Zeiten*, Varrentropp Sohn und Wenner, Frankfurt Am Main 1779, IX, s. 115. Zob. również uwagi, H. Dembiński, *Wojna jako narzędzie prawa i przewrotu*, Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 1936, s. 24 i nast.

(1714–1767). Wolff w *Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* mówi o naturalnym prawie międzynarodowym (*ius gentium naturale*) oraz dobrowolnym prawie międzynarodowym (*ius gentium voluntarium*)¹³⁷, dlatego też niekiedy przyjmuje się, że zaliczając wojnę sprawiedliwą do naturalnego prawa międzynarodowego, wyprowadził koncepcję wojny sprawiedliwej poza prawo pozytywne¹³⁸. Wojna, zdaniem Wolffa, jest sprawiedliwa, gdy jest prowadzona albo ze względu na wyrządzone zło (podlegające naprawie lub nie), albo gdy istnieje niebezpieczeństwo jego wyrządzenia¹³⁹. Wojny sprawiedliwe można podzielić na defensywne – mające na celu zapobieżenie szkodzie (wojna jest niesprawiedliwa, jeśli przeciwnik ma sprawiedliwy powód do prowadzenia wojny) oraz ofensywne mające na celu wymuszenie poszanowania uprawnień lub uzyskania satysfakcji za nie podlegającą naprawie szkodę, jeśli nie można powyższych celów osiągnąć w inny sposób niż przy pomocy użycia siły zbrojnej¹⁴⁰. Dlatego można mówić o trzech powodach prowadzenia legalnej wojny: uzyskanie dóbr, które należą do nas, zapewnienie bezpieczeństwa, zapobieżenie niebezpieczeństwu¹⁴¹. W konsekwencji można mówić o trzech typach wojen: windykacyjnej, karnej i obronnej¹⁴². Wolff stwierdził, że wojna nie może być sprawiedliwa dla obu stron, jeśli bowiem istnieją wątpliwości, sprawę należy rozwiązać na konferencji lub w drodze arbitrażu, a strona, która odmawia podporządkowania się takiemu rozwiązaniu, traci prawo do prowadzenia sprawiedliwej i tym samym legalnej wojny¹⁴³. Wolff nie uznawał konieczności utrzymania równowagi sił jako powodu usprawiedliwiającego prowadzenie wojny¹⁴⁴.

Vattel w *Droit des gens* potraktował wojnę jako zarówno stan, jak i instrument prawny, za pomocą którego dochodzić można swych praw, jeśli tylko siłą oręzą

jest się w stanie je wyegzekwować¹⁴⁵. Ze względu jednak na fakt, że wojna łączy się z wieloma negatywnymi skutkami, aby dochodzić swych praw w ten sposób, trzeba być ich absolutnie pewnym¹⁴⁶. Vattel podkreślał, że sprawiedliwość w połączeniu z pewną koniecznością może upoważnić do prowadzenia wojny, „uczynić ją godną pochwały, a przynajmniej wolną od wszelkich zarzutów”. Vattel zalecał wypowiedzenie wojny, gdyż może to pobudzić do „słuszniejszej oceny całej sprawy”¹⁴⁷. Czerpiąc z poglądów Wolffa, Vattel wyróżnił powody usprawiedliwiające, które dają uprawnioną podstawę do prowadzenia wojny¹⁴⁸, oraz pobudki, które wskazują, że wszczęcie wojny jest celowe i właściwe w danym wypadku¹⁴⁹. Za uprawniony cel wojny Vattel uważał pomszczenie albo konieczność zapobieżenia bezprawiu, a uszczegółowiając – odzyskanie tego, co do nas należy, zapewnienie sobie bezpieczeństwa na przyszłość przez ukaranie napastnika czy sprawcy bezprawia, obrona albo ochrona przed bezprawiem, odparcie bezprawnego gwałtu¹⁵⁰. Vattel stwierdził, że wojna nie może być sprawiedliwa dla obu stron konfliktu, gdyż w każdym przypadku jedna strona rości sobie jakieś prawo, któremu druga zaprzecza, jedna oskarża o popełnienie bezprawia, gdy druga twierdzi, że się go nie dopuściła, a nie jest przecież możliwe, aby dwa sprzeczne stwierdzenia były jednocześnie prawdziwe¹⁵¹. Vattel przyjmuje jednak, że ze względu na nieświadomość albo nieunikniony błąd, dane państwo nie będzie ponosiło winy za nieprawości wojny¹⁵². Vattel idzie dalej niż jego XVI-wieczni poprzednicy, gdyż stwierdza, że skoro państwa są równe i niepodległe, i nie ma nad nimi sędziego, to w przypadku wątpliwości należy przyjąć, że wojna jest uprawniona po obu stronach, jeśli chodzi o jej skutki zewnętrzne.

Vattel jest uważany przez wielu za ostatniego znaczącego przedstawiciela idei wojny sprawiedli-

137 Ch. Wolff, *Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, t. 2, przeł. J. H. Drake, Clarendon Press, Oxford 1934, s. 9 i nast.

138 J. von Elbe, *The Evolution...* dz. cyt., s. 682.

139 Ch. Wolff, *Ius...* dz. cyt., s. 314.

140 Tamże, s. 320–321.

141 Tamże, s. 315.

142 Tamże, s. 316.

143 Tamże, s. 322–323.

144 Tamże, s. 328.

145 E. de Vattel, *Prawo narodów, czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, tłum. i wstęp B. Winiarski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1958, t. 2, s. 53.

146 Tamże, s. 51.

147 Tamże, s. 72.

148 Tamże, s. 45–47.

149 Tamże, s. 47.

150 Tamże, s. 46–47.

151 Tamże, s. 54.

152 Tamże, s. 55.

wej¹⁵³. Koncepcją tą zajmowali się teologowie, którzy jednak w swych dziełach zagadnienie wojny sprawiedliwej traktowali w sposób zdawkowy, nieprecyzyjny i dający pole do szerokiej interpretacji, czy wręcz nadużyć¹⁵⁴. Zagadnienie wojny oczywiście nie zniknęło z rozważań filozofów. Z jednej strony można przywołać wiele osób zafascynowanych wojną, jak Johann Gottlieb Fichte (1762–1814), Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831), Carl Phillip Gottlieb von Clausewitz (1780–1831), Helmuth von Moltke (1800–1892), Friedrich Nietzsche (1844–1900) czy Oswald Spengler (1880–1936), które przyznawały państwu zupełną swobodę w podjęciu decyzji o wszczęciu wojny¹⁵⁵. Z drugiej strony powstawały dzieła Immanuela Kanta, w których tenże udawał, że wojna stoi w sprzeczności z ideą prawa, które ma chronić podmioty prawne, a nie pozwalać na ich wzajemne wyniszczenie¹⁵⁶, oraz innych zagorzałych przeciwników wojny, jak Rousseau (1712–1778), Voltaire (1694–1778), Jeremy Bentham (1748–1842), czy skrajny pacyfista Lew Tołstoj (1828–1910), którzy jednak skupiali się bardziej na sposobie prowadzenia wojny niż powodach jej wszczęcia¹⁵⁷.

Czasy nowożytne charakteryzują się znacznym pluralizmem ujęć możliwości wszczęcia wojny. Obok kontynuatorów średniowiecznych teologów, pojawili się myśliciele, którzy zaadaptowali ideę wojny sprawiedliwej na potrzeby monarchii absolutnej

i definiowali ją tak, jak tego wymagała racja stanu. Następnym krokiem było całkowite odrzucenie idei wojny sprawiedliwej jako części prawa naturalnego, którego rolę zredukowano do zbioru niewiążących moralnych wskazówek. W konsekwencji w opracowywanych na przełomie wieków XVIII i XIX podręcznikach prawa międzynarodowego, choć wspomniano o wojnie sprawiedliwej, to jednak raczej w kontekście analizy historycznej myśli filozoficznoprawnej niż jako współcześnie relewantnej normy prawnej lub temat wojny sprawiedliwej głównie ograniczano do kwestii obowiązywania zasad międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁵⁸.

Konkluzje

Wojna od zawsze budziła skrajne emocje; jedni się nią fascynowali, inni, którzy dostrzegali przede wszystkim okrucieństwa z nią związane, wskazywali na potrzebę jej wyeliminowania. Teoria wojny sprawiedliwej, której korzenie sięgają czasów starożytnych, miała być zaporą przeciw fali wojen wszczynanych z błahych powodów. Tak się jednak nie stało. Rzymskie *ius fetiale* z czasem stało się wyłącznie fasadą prawną dla każdej wojny, która była w interesie Rzymu¹⁵⁹. Wysiłek Kościoła katolickiego miał na celu ograniczenie możliwości prowadzenia wojny¹⁶⁰, ale gdy św. Augustyn sformułował warunki wojny sprawiedliwej, tym samym wojnę jako instytucję zaakceptował i wojna stała się legalnym narzędziem dochodzenia swych praw, zgodnym z prawem boskim i naturalnym.

Jednak poważny problem pojawił się wraz z sekularyzacją koncepcji wojny sprawiedliwej i jej przeformułowaniem przez zwolenników absolutyzmu. Skoro przyjęto, że wszystkie państwa są równe, a wśród równych nie ma sędziego (*par in parem non habet iudicium*), to nikt nie mógł rozstrzygnąć o słuszności powodów, na które państwa się powoływały przy wszczynaniu wojny, i w związku z tym każde państwo mogło uciec się do niej¹⁶¹. Minęły czasy śred-

153 Tak, A. Nussbaum, *Just War...* dz. cyt., s. 471, W.B. Ballis, dz. cyt., który już w tytule zaznaczył, że analiza teorii wojny sprawiedliwej dotyczy okresu od Platona do Vattela.

154 R.H.W. Regout, *La doctrine...* dz. cyt., s. 281.

155 Zob. przykładowo G.W.F. Hegel, *Zasady filozofii prawa*, przeł. A. Landman, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969, s. 323–324, C. von Clausewitz, *O wojnie*, przeł. A. Cichowicz, L. Koc, Mireki, 2007, s. 30.

156 „Pojęcie prawa narodów jako prawa do wojny, właściwie w ogóle nie daje się pomyśleć (...), ponieważ należałoby przez nie rozumieć, że jest w pełni sprawiedliwe, gdy nastawieni w taki sposób ludzie niszczą się nawzajem, a zatem, że wieczny pokój znajduje w głębokiej mogile, kryjącej w sobie całą okropność gwałtu, wraz z jej sprawcami.” I. Kant, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, przeł. M. Żelazny, Wydawnictwo Comer, Toruń 1995, s. 64.

157 Omówienie twórczości wymienionych autorów w: P.G. Lovett, *Justifying...* dz. cyt., s. 324 i n. Zob. również uwagi nt. podobieństw pomiędzy tezami Hobbesa a Rousseau i Kanta, w: R. Tuck, *The Rights...* dz. cyt., s. 197 i nast.

158 A.J. Bellamy, *Just Wars...* dz. cyt., s. 88 i nast.

159 C. Phillipson, *The International...* dz. cyt., t. 2, s. 224.

160 H. Wehberg, *The Outlawry...* dz. cyt., s. 3.

161 H. Wheaton, *Éléments du droit international*, t. 1, Seconde édition, F.A. Brockhaus, Leipzig 1852, s. 274. Por. R.A. Falk, *Legal Order in a Violent World*, Princeton University Press, Princeton 1968, s. 58.

niowiecza, kiedy można było po prostu odwołać się do autorytetu papieża, aby zdecydował, po czyjej stronie jest sprawiedliwość w danym konflikcie¹⁶².

Wojnę zaczęto traktować jako zwykły środek dochodzenia swych praw, którego można użyć w każdym przypadku, gdy leży to w interesie suwerennej jednostki¹⁶³, zarówno ze względu na sprawiedliwy, jak i niesprawiedliwy powód¹⁶⁴. W zasadzie więc każda wojna prowadzona przez suverena była sprawiedliwa, gdyż to on decydował, czy dana wojna jest sprawiedliwa, czy nie¹⁶⁵. Dla absolutnych władców wojna stała się jedną z kolejnych nieograniczonych prerogatyw. Więcej, prawo do wojny stało się wręcz jednym z niezbędnych atrybutów suwerenności¹⁶⁶, swoistym testem suwerenności danej jednostki politycznej¹⁶⁷, co znalazło wyraz w często przywoływanej klasycznej triadzie praw suverena *ius tractatum* – *ius legationis* – *ius ad bellum*¹⁶⁸. Nie można jednak

nie zauważyć paradoksu, który wiąże się z przyjęciem zasady nieograniczonego prawa suverena do wszczęcia wojny. Nowożytne prawo międzynarodowe przyznało każdemu państwu prawo do istnienia, do suwerenności, ale jednocześnie uznawało, że innym państwom przysługuje niczym nieograniczone prawo do wszczęcia wojny, które mogło być użyte do całkowitego zniszczenia suwerenności innego podmiotu¹⁶⁹. Ta sprzeczność była jednak przez większość prawników i filozofów ignorowana, gdyż rozwiązanie tego problemu musiało wiązać się z jakimś ograniczeniem suwerenności państwa, co wydawało się ideą absurdalną przynajmniej do początku XX wieku.

Symptomatyczne jest, że, mimo iż nie było to konieczne, niejednokrotnie władcy odczuwali potrzebę uzasadnienia prowadzonych wojen przykładowo rzeckimi prawami dziedzicznymi, jak to było w przypadku Fryderyka Wielkiego, autora inwazji na Śląsk (1740) i Saksonię (1756) oraz inicjatora trzech rozbiorów Polski, które były ewidentnym przykładem agresji¹⁷⁰. Przywołać można w tym miejscu słowa Vattela, który stwierdził, że „pozory są hołdem złożonym sprawiedliwości przez niesprawiedliwych, kto się nimi osłania, dowodzi, że ma jeszcze pewne poczucie wstydu”¹⁷¹.

Jak słusznie wskazuje Stanisław Nahlik: „Na podkreślanie konieczności posiadania słusznej przyczyny polega moralna siła, ale – jak wykazała historia – i praktyczna słabość doktryny wojny sprawiedliwej”¹⁷². Przy odrobinie dobrej woli, każde użycie siły zbrojnej można było podciągnąć pod jakiś

162 Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Fourth edition, Cambridge University Press, New York – Cambridge 2005, s. 66. Zob. również J. Gardam *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, s. 39.

163 Y. Dinstein, *War, Aggression...* dz. cyt., s. 75, L. Oppenheim, *International Law. A Treatise, Vol. II Disputes, War and Neutrality*, 7th edition, H. Lauterpacht (ed.), Longmans, London 1952, s. 178, A.S. Hershey, *The Essentials of International Public Law*, The MacMillan Company, New York 1912, s. 349.

164 H.W. Briggs, *The Law of Nations. Cases, Documents, and Notes*, F.S. Crofts & Co., New York 1947, s. 719; Y. Dinstein, *War, Aggression...* dz. cyt., s. 75, M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Książka i Wiedza, Warszawa 2000, s. 579.

165 T. Nardin, *Law, Morality and the Relations of States*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1983, s. 279, W.B. Ballis, *The Legal...* dz. cyt., s. 100, J.L. Brierly, *The Law of Nations. An Introduction to the International Law of Peace*, 6th edition, edited by Sir Humphrey Waldock, Clarendon Press, Oxford 1963, s. 397, F. Bugnion, *Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross” 2002, nr 847, s. 7.

166 S.E. Nahlik, *Wstęp...* dz. cyt., s. 105, E. Nys, *Le droit...* dz. cyt., s. 115–116, R. Kolb, *Ius contra bellum. Le droit international relatif au maintien de la paix*, Précis, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, Bruxelles 2003, s. 6.

167 Y. Dinstein, *War, Aggression...* dz. cyt., s. 76.

168 M. Czapliński, *Skutki prawne nielegalnego użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, Polska Akademia Nauk, Agencja Scholar, Warszawa 1993, s. 14. R. Bierzaniek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, wyd. VI uaktualnione, Warszawa 2001, s. 383.

169 Y. Dinstein, *War, Aggression...* dz. cyt., s. 76–77. R. Kolb problem ten określa mianem „Wertungswidersprüche”. R. Kolb, *Ius contra...* dz. cyt., s. 22 i nast. Por. Z. Cybichowski, *Prawo międzynarodowe publiczne i prywatne*, wyd. IV zm. i powiększone, Warszawa 1932, s. 362, gdzie autor pisze: „Pojęcie wojny jest sprzeczne z podstawą prawa międzynarodowego, które są prawa zasadnicze państw. Państwo ma prawo do egzystencji, lecz w wojnie może być zniszczone. Państwo ma prawo do równości, lecz w wojnie może być ujarzmione (...)” Zob. również H. Dembiński, *Wojna...* dz. cyt., s. 53–53.

170 Ten sam władca oburzał się na Józefa II za inwazję na Bawarię w 1777 roku. Zob. I. Brownlie, *International...* dz. cyt., s. 17.

171 E. de Vattel, *Prawo...* dz. cyt., t. 2, s. 49–50.

172 S.E. Nahlik, *Wstęp...* dz. cyt., s. 66.

sprawiedliwy powód¹⁷³, a wiele dzieł teoretyków wojny sprawiedliwej powstawało wręcz na zamówienie polityczne¹⁷⁴.

Nie warto zaprzepaszczać osiągnięć okresu międzywojennego, kiedy to podział na wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe został zastąpiony rozróżnieniem na wojny legalne i nielegalne. Warto o tym

pamiętać, gdy hasło wojny sprawiedliwej coraz częściej pojawia się choćby w dyskusji nad legalnością interwencji humanitarnej¹⁷⁵, a termin „sprawiedliwość” jest wykorzystywany do nazywania kampanii wojskowych¹⁷⁶.

173 B.T. Adeney, *Just War, Political Realism, and Faith*, Alta Monograph Series no. 24, The American and Theological Library Association and the Scarecrow Press Inc., Metuchen N.J. & London 1988, s. 94.

174 Przykładowo Balthasar Ayala (1548–1584) w *De Iure et officii bellicis et disciplina militari* uzasadniał prawo suwerena do zwalczania rebeliantów, co nie dziwi, jeśli weźmie się pod uwagę, że był on doradcą Filipa II, który zmagał się z powstaniem w Holandii. B. Ayala, *De Iure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari Libri III (Three Books on the Law of War And on the Duties Connected with War And on Military Discipline)*, t. 2, przeł. J.P. Bate, Carnegie Institution of Washinton, Washinton 1912, s. 11 i nast.

175 Zob. np. J. Zajadło, *Śluszna przyczyna jako przesłanka legitymizacyjna interwencji humanitarnej. Studium z filozofii prawa międzynarodowego*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2005, nr 1–2; zob. również M. Walzer, *Spór o wojnę...* dz. cyt., *passim*, S. Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, *passim*. Por. również raport *Odpowiedzialność za ochronę* autorstwa Międzynarodowej Komisji ds. Interwencji i Suwerenności Państwowej, dostępny na <http://www.iciss.ca/report2-en.asp> (dostęp: 23 IV 2010).

176 Przykładowo operacja wojskowa Stanów Zjednoczonych w Afganistanie w 2001 roku początkowo była prowadzona pod hasłem „Infinite Justice”.

Oktawian Nawrot

Glosa do wyroku ETPCz z 1 kwietnia 2010 roku w sprawie S.H. i inni przeciw Austrii, skarga nr 57813/00



Oktawian Nawrot

Prawnik i filozof, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Uniwersytetu Gdańskiego. W swojej pracy badawczej podejmuje problematykę etycznych i prawnych aspektów rozwoju nauk przyrodniczych, a także szeroko rozumianej filozofii prawa, w tym logiki prawniczej. Za osiągnięcia w dziedzinie bioetyki otrzymał w 2005 roku Nagrodę Miasta Gdańska „Młody Heweliusz”, zaś w latach 2003–2005 był stypendystą Fundacji na rzecz Nauki Polskiej. Autor ponad 50 publikacji z zakresu bioetyki i filozofii prawa, w tym kilku książek.

8 maja 2000 roku do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka została wniesiona skarga, skierowana przeciwko Republice Austrii przez czworo obywateli austriackich. Skarżący podnosili, że austriacka ustawa o sztucznej prokreacji, wprowadzając zakaz używania do celów zapłodnienia *in vitro* gamet – zarówno komórek jajowych, jak i plemników – pochodzących od dawcy zewnętrznego, narusza prawa zagwarantowane w art. 8 Konwencji, interpretowanym samostannie, jak i w związku z art. 14. Po prawie dziesięciu latach, 1 kwietnia br., Trybunał wydał wyrok, w którym stwierdził na-

ruszenie art. 14 w związku z art. 8 Konwencji.

Stan faktyczny

Skarżącymi w opisywanej byli S.H. i D.H. – nazywani dalej małżeństwem 1., oraz H. E.-G. i M.G. – okreśłani dalej jako małżeństwo 2¹. Obie pary małżeńskie pragnęły realizować swoje plany prokreacyjne, jednakże ich urzeczywistnienie uzależnione było bezpośrednio od dostępności określonych technik medycznie wspomaganej prokreacji (dalej –

¹ Zgodnie z art. 74 § 3 tożsamość skarżących została utajniona, Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284/1.

MAP). W przypadku małżeństwa 1, z uwagi na niepłodność S.H., będącą następstwem nieprawidłowej budowy jajowodów, a także bezpłodność D.H., jedyną możliwością posiadania biologicznie związanego z matką potomstwa było przeprowadzenie zabiegu zapłodnienia *in vitro*, do celów którego wykorzystana zostałaby komórka jajowa S.H. oraz nasienie pochodzące od dawcy zewnętrznego. W przypadku małżeństwa 2 niemożność poczęcia dziecka w sposób naturalny spowodowana była agonadyzmem H. E.-G. Dla powstania biologicznych więzi pomiędzy matką a dzieckiem konieczne więc było doprowadzenie do zapłodnienia pozaustrojowego z użyciem komórki jajowej pochodzącej od zewnętrznego dawcy.

Stan prawny

Austriacka ustawa o sztucznej prokreacji *Fortpflanzungsmedizingesetz* (FMedG)², mająca w istocie charakter *lex specialis* w stosunku od ogólnej zasady zakazującej korzystania z technik medycznie wspomaganą prokreacji, zezwalała na ich zastosowanie w odniesieniu do osób pozostających w związkach – zarówno o charakterze małżeńskim, jak i zbliżonym do małżeńskiego (*Lebensgefährten*) – w sytuacji, gdy inne możliwości rozpoczęcia ciąży zawiodły lub nie miały szans na powodzenie. Ponadto, zgodnie z art. 3 ust. 1, do celów MAP możliwe było wykorzystanie gamet pochodzących jedynie od osób pragnących zrealizować w ten sposób swoje plany prokreacyjne. Tytułem wyjątku ustawa dopuszczała wykorzystanie dla celu sztucznej inseminacji nasienia pochodzącego od dawcy zewnętrznego, jeśli gamety pochodzące od małżonka lub partnera nie mogły być wykorzystane w celach prokreacyjnych. We wszystkich innych przypadkach, a w szczególności zapłodnienia *in vitro*, użycie gamet pochodzących od dawcy zewnętrznego było zakazane.

Wyjaśniając *ratio* opisanych rozwiązań legislacyjnych, austriacki Trybunał Konstytucyjny (dalej – TK) podkreślił, że ostateczny kształt FMedG uzyskała

w wyniku dokonanego przez ustawodawcę ważenia ścierających się interesów i wartości, a w szczególności: ludzkiej godności, prawa do prokreacji i dobra dziecka. Prawodawca austriacki, dopuszczając na zasadzie wyjątku określone techniki zapłodnienia homologicznego, starał się możliwie efektywnie zapobiec sytuacjom, w których dochodziłoby do powstawania „nienaturalnych” relacji pomiędzy dawcami gamet a mającym się narodzić dzieckiem (tytułem przykładu TK podał sytuację, w której dziecko posiada więcej niż jedną matkę biologiczną). Tym samym ustawodawca uznał, że tradycyjny model relacji rodzinnych, opartych na więziach genetycznych i biologicznych, stanowi wartość zasługującą na ochronę prawną. Ponadto celem ustawy o sztucznej prokreacji było zabezpieczenie interesów kobiet, które w związku z rozwojem nauk i technik biomedycznych narażone zostały na nowe formy wykorzystywania³. TK podkreślił również, że procedura *in vitro*, stanowiąca przeciwieństwo prokreacji naturalnej, rodzi poważne zagrożenia dla dobra dziecka, które ma zostać poczęte w ten sposób. Naraża ona na niepotrzebne ryzyko zarówno jego zdrowie, jak i prawa. Jej zastosowanie, dotykając podstawowych wartości etycznych i moralnych, jest w końcu mocno dyskusyjne ze społecznego punktu widzenia, zwłaszcza że w zakresie jej potencjalnych implikacji mieści się komercjalizacja reprodukcji oraz praktyki eugeniczne (selektywna reprodukcja)⁴.

Wyraźne zróżnicowanie w traktowaniu przez ustawę par pragnących skorzystać z metod medycznie wspomaganą prokreacji w zależności od tego, czy miało dojść do zapłodnienia homologicznego, czy też heterologicznego, wynikało, zdaniem TK, z faktu, iż z oboma wymienionymi formami zapłodnienia wiązał się różny stopień ryzyka naruszenia wspomnianych wyżej wartości. Jedynie w przypadku zapłodnienia homologicznego ryzyko to zdawało się mieścić w akceptowalnych granicach, stąd też austriacka ustawa przyjęła opisane rozwiązania. Jednocześnie

2 BGBl.Nr. 275/1992 idF BGBl. I Nr 98/2001. Zwięzły opis ustawy zamieszczony został m.in. w: *Reproductive Health Care Policies Around The World. The Austrian Act on Procreative Medicine: Scope, Impacts, and Inconsistencies*, „Journal of Assisted Reproduction and Genetics” vol. 10, 1993, no. 7, s. 449–452.

3 Doskonałym przykładem w tym względzie jest instytucja macierzyństwa zastępczego, w związku z którą istnieje możliwość sprowadzenia surogatki do roli inkubatora. Więcej zob. np. O. Nawrot, *Macierzyństwo zastępcze – aspekty moralno-prawne*, „Etyka” nr 33/2000, s. 184–187.

4 Wyrok S. H. i inni v. Austria..., dz. cyt., par. 16–18.

nie, w opinii TK, przyjęte rozwiązania uwzględniały w sposób właściwy sytuację mężczyzn i kobiet pragnących skorzystać z technik wspomaganej prokreacji, nie różnicując jej w sposób arbitralny. Przypomnijmy, że obok sztucznego zapłodnienia homologicznego austriacka ustawa dopuszczała, na zasadzie wyjątku, sztuczną inseminację połączoną z wykorzystaniem nasienia dawcy. *Ratio* dla wspomnianego wyjątku stanowił brak kontrowersji filiacyjnych dotyczących poczętego w ten sposób dziecka, których z kolei nie można było wykluczyć w innych typach medycznie wspomaganej prokreacji. O niearbitralnym charakterze regulacji świadczyć również miało dopuszczenie do techniki sztucznego zapłodnienia heterologicznego, jak i sztucznej inseminacji par żyjących w związkach nieformalnych⁵.

cji osób niezdolnych do poczęcia dziecka w ramach związku (art. 14 Konwencji). Przede wszystkim skarżący zauważyli, że państwo, z uwagi na znaczenie wspomnianych praw, nie korzysta w zakresie ich regulacji z jakiegokolwiek marginesu swobody. Przyjęcie odmienną hipotezy niechybnie prowadzić musiałoby do wniosku, iż państwo może wkraczać w najbardziej intymną sferę życia jednostki, który stoi w jawnej opozycji do filozofii i norm Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Ponadto, przytoczone przez austriacki TK argumenty, zdaniem skarżących, odnosiły się do technik sztucznej prokreacji w ogóle, a tym samym trudno uznać je za przekonujące w odniesieniu do ich konkretnych sytuacji oraz metod, za pomocą których doszłoby do poczęcia upragnionych dzieci. Zakaz

W opinii skarżących regulacje austriackiej ustawy o sztucznej prokreacji naruszyły przysługujące im prawo do prokreacji i założenia rodziny.

Trybunał Konstytucyjny odnotował w końcu, iż przyjęte rozwiązanie normatywne mieści się w granicach „marginesu swobody” przysługującego tradycyjnie państwom-stronom Konwencji w związku z podejmowanymi akcjami legislacyjnymi dotyczącymi zagadnień delikatnych moralnie. Co więcej, stanowi adekwatne odzwierciedlenie stanu wiedzy medycznej dotyczącej ludzkiej prokreacji i aspektów z nią związanych, a także osiągniętego konsensusu społecznego⁶.

Stanowisko skarżących

W opinii skarżących regulacje austriackiej ustawy o sztucznej prokreacji naruszyły przysługujące im prawo do prokreacji i założenia rodziny (art. 8 Konwencji), a także stanowiły przejaw dyskrymina-

wykorzystywania komórek jajowych pochodzących od dawcy, w związku z ryzykiem eksploatacji kobiet, nie wydawał się przekonujący również w oczach skarżących. Zauważyli oni, że adekwatnym instrumentem zapobiegającym nadużyciom byłby zakaz pobierania wynagrodzenia za dawstwo gamet, który *notabene* funkcjonował w ustawodawstwie austriackim.

Skarżący zarzucili również austriackiemu systemowi norm regulujących sztuczną prokreację niespójność i nielogiczność. Zauważyli oni, że FMedG nie zakazuje wspomaganych form zapłodnienia heterologicznego w ogóle, lecz jedynie tych jego form, z którymi wiąże się dawstwo gamet. Niejasny ponadto w ich opinii pozostawał powód, dla którego ustawodawca dopuszczał możliwość wykorzystania w ramach procedury sztucznej inseminacji nasienia pochodzącego od dawcy zewnętrznego, a jednocześnie obejmował zakazem wykorzystywanie komórek jajowych pochodzących od analogicznego

⁵ Tamże, par. 21.

⁶ Trybunał konsekwentnie zauważył, że w przyszłości regulacja ta może więc ulec zmianie. Tamże, par. 20.

dawcy. Za niespójne z uwagi na cel zostały uznane przez skarżących w szczególności normy zezwalające na wykorzystanie gamet męskich pochodzących od dawcy zewnętrznego w celu sztucznej inseminacji, przy jednoczesnym istnieniu norm zakazujących wykorzystywania tychże gamet w ramach procedury *in vitro*⁷.

Stanowisko Austrii

Ustosunkowując się do zarzutów sformułowanych przez skarżących, pełnomocnik Republiki Austrii – Ferdinand Trauttmansdorff, co do zasady, powtórzył argumentację TK. Przede wszystkim zauważył, że w myśli art. 14 Konwencji traktowanie ma charakter dyskryminujący, jeśli rozróżnienie jest dokonane w sposób arbitralny, czyli nie posiada obiektywnych i racjonalnych podstaw, innymi słowy brak jest „legitymowanego celu”⁸ lub nie jest zachowana racjonalna proporcja pomiędzy zastosowanym środkiem a celem, który za jego pomocą ma być osiągnięty. Jednocześnie podkreślił, że państwa-strony Konwencji dokonując oceny, czy i ewentualnie w jakich sytuacjach należy wprowadzić wspomniane rozróżnienie, tradycyjnie korzystają z pewnego marginesu swobody. Niewątpliwie w zakresie tegoż marginesu mieści się zakaz podejmowania prób zapłodnienia pozaustrojowego z użyciem gamet pochodzących od dawców zewnętrznych⁹. Ponadto tego rodzaju rozróżnienie zdaje się posiadać obiektywne i racjo-

nalne podstawy, jako że *ratio* dla jego wprowadzenia stanowiła ochrona zdrowia i zabezpieczenie dobra kobiet¹⁰ oraz dzieci¹¹, jak również ochrona wartości etycznych i moralnych powszechnie uznawanych w społeczeństwie austriackim¹². Wprowadzone zakazy, w ocenie pełnomocnika Austrii, spełniały także warunek proporcjonalności pomiędzy zastosowanym środkiem ochrony określonego dobra a celem, który za jego pomocą miał zostać urzeczywistniony¹³.

Stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Przystępując do rozpatrzenia skargi, Europejski Trybunał Praw Człowieka odnotował, że użyty w art. 8 Konwencji zwrot „życie prywatne” obejmuje swoim zakresem prawo do kreowania i rozwijania relacji z innymi istotami ludzkimi, prawo do „rozwoju osobowego”, prawo do autodeterminacji, tożsamość płciową, orientację i życie seksualne, jak również prawo do poszanowania decyzji odnośnie do realizacji planów prokreacyjnych. Tym samym prawo do poczęcia dziecka i wykorzystania w tym celu medycznie wspomaganej prokreacji mieści się w zakresie stosowania normy zakodowanej w art. 8 EKPCz. Podobnie zarzut naruszenia art. 14 EKPCz Trybunał uznał za uzasadniony. Wspomniany artykuł

7 Tamże, par. 42–44.

8 Por. wyrok *Inze v. Austria* z 28 października 1987 r., skarga nr 8695/79, par. 41; wyrok *Mazurek v. Francja* z 1 lutego 2000 r., skarga nr 34406/97 par. 48; wyrok w sprawie *Zaunegger v. Niemcy* z 3 grudnia 2009 r., skarga nr 22028/04, par. 63.

9 Rozwijając wspomniany wątek, pełnomocnik Republiki Austrii zauważył, że z założenia, iż prawo do poszanowania życia prywatnego obejmuje również prawo do realizacji własnych projektów prokreacyjnych – czego *notabene* nie kwestionował – nie wynika obowiązek państwa do zezwolenia na korzystanie przez obywateli ze wszystkich technik sztucznej prokreacji, a tym bardziej zagwarantowanie dostępu do nich. Korzystając z marginesu uznania, państwo ma możliwość dokonania autonomicznej oceny, w jaki sposób należy zrównoważyć konkurencyjne interesy w omawianym zakresie, uwzględniając przy tym specyfikę określonego społeczeństwa. W jego opinii, ustawodawca austriacki, uwzględniając interesy wszystkich zainteresowanych, dokonał właściwej oceny.

10 Pełnomocnik zwrócił uwagę na to, że w trakcie debaty parlamentarnej nad projektem ustawy o sztucznej prokreacji podnoszono, iż zezwolenie na dawstwo komórek jajowych może doprowadzić do wykorzystywania i poniżania kobiet, zwłaszcza znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej.

11 W tym kontekście pełnomocnik Austrii zwracał m.in. uwagę na: 1. konieczność zabezpieczenia godności ludzkiej, którą naruszyć mogą praktyki eugeniczne związane z ART, 2. potrzebę zapobieżenia uprzedmiotowieniu dziecka, 3. ochronę interesów dziecka poprzez niedopuszczanie do powstawania „anormalnych” stosunków filiacyjnych.

12 W opinii pełnomocnika rozwój technik sztucznej prokreacji wywołuje w społeczeństwie obawy przed możliwymi nadużyciami. W powszechnym odbiorze główną funkcją praktyki medycznej jest terapia, i temu też powinny zostać podporządkowane techniki ART. Trudno zaś za cel terapeutyczny uznać selekcję prenatalną wiążącą się w sposób bezpośredni z praktyką sztucznej prokreacji i podważającą funkcjonujący system wartości. Artykułowane więc przez społeczeństwo obawy muszą być uwzględniane przez ustawodawcę i znajdować odzwierciedlenie w podejmowanych działaniach legislacyjnych.

13 Wyrok *S. H. i inni v. Austria*..., dz. cyt., par. 45–51.

ma co do zasady charakter akcesoryjny, czyli może być stosowany tylko w związku z innymi przepisami Konwencji lub Protokołów¹⁴. Jako że skarżący zarzucali, iż stali się ofiarami odmiennego traktowania, które nie znajdowało obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia, Trybunał orzekł, że norma z art. 14 znajduje zastosowanie w rozpatrywanej sprawie w związku z art. 8 Konwencji¹⁵.

Następnie Trybunał przypomniał, że dla celów art. 14 Konwencji, różnica w traktowaniu stanowi dyskryminację, jeśli nie istnieje jej obiektywne i racjonalne uzasadnienie w świetle aktualnych okoliczności¹⁶. Jednocześnie Trybunał przyznał, że państwa-strony Konwencji korzystają z marginesu swobody umożliwiającego im dokonanie oceny, czy w związku z określoną procedurą zachodzą przesłanki uzasadniające różnicowanie jednostek. Każdorazowo zakres wspomnianego marginesu musi zostać zrelatywizowany do konkretnych okoliczności, przedmiotu regulacji i jego „tła”. W związku z naturą rozpatrywanej sprawy, brakiem europejskich standardów w zakresie regulacji metod wspomaganey prokreacji, objawiających się m.in. zróżnicowanymi rozwiązaniami prawnymi na poziomie ustawodawstw krajowych, specyfiką moralną i etyczną, tempem rozwoju nauk biomedycznych, Trybunał uznał, że margines swobody przysługujący państwom musi być szeroki. Fakt ten nie oznacza jednak, by każde rozwiązanie przyjęte przez państwo-stronę Konwencji musiało się automatycznie spotkać z akceptacją ze strony Trybunału. Przeciwnie, Trybunał zobligowany jest

do wnikliwego zbadania argumentów podnoszonych w ramach procesu legislacyjnego, które wpłynęły na ostateczny kształt regulacji. W szczególności Trybunał musi przeanalizować, czy argumenty te stanowiły rację wystarczającą, a nawet więcej – konieczną – do uzasadnienia odmiennego traktowania określonych kategorii podmiotów¹⁷.

Dostrzegając różnice w sytuacjach obu skarżących par, Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał za właściwe oddzielne zbadanie podniesionych przez nie zarzutów. W przypadku małżeństwa z zapłodnienie i rozpoczęcie ciąży było bezpośrednio uzależnione od możliwości pozyskania komórek jajowych od zewnętrznego dawcy. Źródłem gamet męskich, możliwych do wykorzystania dla celów prokreacyjnych, miał natomiast być M.G. Użycie tego rodzaju komórek jajowych do celów medycznie wspomaganey prokreacji, jak wyżej zaznaczono, zostało kategorycznie wyłączone przez ustawodawcę austriackiego. W tym kontekście podstawowym zadaniem Trybunału było dokonanie oceny, czy ograniczenie w możliwości realizacji własnych projektów prokreacyjnych wspomnianej pary małżeńskiej, w stosunku od osób mogących skorzystać z technik MAP w związku z zapłodnieniem homologicznym, posiada wystarczająco silne racje, w szczególności czy istnieje obiektywne i racjonalne uzasadnienie tego rodzaju różnicowania, to znaczy czy służy ono w sposób adekwatny realizacji słusznego celu¹⁸.

Jednym z podstawowych argumentów rządu austriackiego przemawiającym za dokonaniem rozróżnieniem były wątpliwości natury etycznej i moralnej, wyrażane przez znaczną część społeczeństwa pod adresem opisanych technik MAP. W opinii Trybunału tego rodzaju obawy nie mogą jednak stanowić racji wystarczającej do wprowadzenia całkowitego zakazu korzystania z określonej techniki. Trybunał podkreślił jednocześnie, że argumenty wskazujące na wątpliwości, czy wręcz obawy natury etyczno-moralnej, jak również stopień społecznej akceptacji określonych zjawisk lub praktyk, mogą być relevantne na etapie podejmowania decyzji dotyczącej umożliwienia korzystania ze wspomnianych technik

14 W sprawie *Abdulaziz, Cabales i Balkandi v. Zjednoczone Królestwo* (wyrok z 28 maja 1985 r., skarga nr 9214/80; 9473/81; 9474/81, par. 71) Trybunał *expressis verbis* stwierdził, że „Art. 14 uzupełnia inne materialne przepisy Konwencji i Protokołów. Nie istnieje niezależnie, ponieważ wywołuje skutki jedynie w odniesieniu do «wykonywania praw i wolności» chronionych przez te przepisy. Mimo że zastosowane art. 14 nie zakłada w sposób konieczny naruszenia tych przepisów – do tego stopnia jest autonomiczny – to jednak ma wtedy miejsca na jego zastosowanie, chyba że fakty sprawy mieszczą się w zakresie jednego lub więcej przepisów”.

15 Wyrok *S. H. i inni v. Austria...*, dz. cyt., par. 56–62.

16 W wyroku *Johnston i inni v. Irlandia* z 18 grudnia 1986 r., skarga nr 9697/82, par. 53 Trybunał stwierdził wprost, że „Konwencja i jej Protokoły muszą być interpretowane w świetle aktualnych uwarunkowań”.

17 Wyrok *S. H. i inni v. Austria...*, dz. cyt., par. 64–69.

18 Tamże, par. 70–73.

w celu przekazywania życia tym bardziej, że na państwie nie ciąży obowiązek wydawania aktów normatywnych zezwalających na powyższe. Jeśli jednak państwo podejmuje działania legislacyjne w omawianym zakresie i decyduje się na umożliwienie wykorzystywania technik MAP do celu przekazywania życia, to bez względu na wielkość marginesu swobody przysługującego państwom-stronom Konwencji, normy prawne muszą być koherentne i zgodne ze zobowiązaniami wynikającymi z EKPCz¹⁹.

Kolejnym argumentem przytoczonym przez pełnomocnika Republiki Austrii była potrzeba ograniczenia ryzyka wykorzystywania technik medycznie wspomaganej prokreacji, a zwłaszcza techniki zapłodnienia pozaustrojowego, do celów innych aniżeli terapeutyczne. Najpoważniejszym ryzykiem i zarazem najbardziej niepożądaną z punktu widzenia ustawodawcy i społeczeństwa praktyką, mogącą mieć związek z opisywanymi technikami, jest selekcja eugeniczna. Ponadto Austria zauważała, że zgoda na dawstwo komórek jajowych pociąga za sobą ryzyko eksploatacji i poniżania kobiet. Ustosunkowując się do powyższych argumentów Trybunał uznał, że jakkolwiek ryzyko pojawiające się w związku z rozpowszechnieniem nowych technik medycznie wspomaganej prokreacji jest poważne, to wprowadzenie całkowitego zakazu wykonywania rozpatrywanej procedury uznać należy za środek nieproporcjonalny w stosunku do celu, który za jego pomocą miał być osiągnięty. W jego opinii fakt, iż procedura ta wykonywana jest – zgodnie z normami prawa krajowego – przez wysoko wykwalifikowanych lekarzy, związanych zasadami etyki zawodowej, jak również okoliczność, że ustawa przewiduje inne środki minimalizacji wspomnianego ryzyka, powoduje, że zakaz pozyskiwania gamet od dawców zewnętrznych nie może być oceniany jako środek jedyny lub też najmniej ingerujący w prawa i wolności jednostek. Z kolei argument wskazujący na możliwość eksploatacji i poniżania kobiet trudno uznać za właściwy w rozpatrywanej sprawie, jako że jest on skierowany przeciwko sztucznemu zapłodnieniu w ogóle, a nie określonej jego procedurze. Ponadto, w opinii Trybunału, fakt, iż z daną techniką łączy się

możliwość nadużyć, nie stanowi automatycznie racji koniecznej do jej zakazywania. Jeśli istnieje możliwość wypracowania mechanizmów w inny sposób zabezpieczających przed nimi, państwo nie może posunąć się do wspomnianego, ostatecznego środka. Na marginesie Trybunał zauważył, że zgodnie z prawodawstwem austriackim pobieranie wynagrodzenia za dawstwo gamet było zabronione i zdawało się stanowić wystarczające zabezpieczenie przed ekonomiczną eksploatacją dawców. Przechodząc do aspektu eksploatacji kobiet, jakim jest narażanie ich na ryzyko uszczerbku na zdrowiu w związku z zabiegiem pobrania komórek jajowych, Trybunał zauważył, że ryzyko to nie różni się od ryzyka ponoszonego przez kobiety korzystające z niektórych technik MAP wykonywanych w celu zapłodnienia homologicznego, a w tym ostatnim przypadku następstwem jego wystąpienia nie jest zakaz ich przeprowadzania²⁰.

Ustosunkowując się do argumentu Austrii, zwracającego uwagę na problem „nienaturalności” więzi, które kreowane są za pomocą metod medycznie wspomaganej prokreacji, i związaną z tym potrzebą maksymalnego ich zbliżenia do relacji powstających podczas naturalnej prokreacji, ogniskujących się w zasadzie *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*, Trybunał zauważył, że tzw. nienaturalne stosunki rodzinne są dobrze znane systemom prawnym państw-stron Konwencji. Doskonałym przykładem w tym względzie jest instytucja przysposobienia, z którą związki biologiczne absolutnie nie muszą być skorelowane. Z tego też względu przytoczony przez pełnomocnika Republiki Austrii argument Trybunał uznała za nietrafiony. „Nienaturalność” więzi powstających w wyniku zastosowania wspomnianych technik bez trudu może zostać „unaturalniona” za pomocą odpowiednich instrumentów prawnych²¹.

Ostatnim z argumentów władz austriackich, przeanalizowanym przez Trybunał, była potrzeba zabezpieczenia uzasadnionych interesów prawnych dzieci poczętych *in vitro*, przy użyciu gamet pochodzących od dawców zewnętrznych, związana

20 Tamże, par. 75–78.

21 Tamże, par. 79–81.

19 Tamże, par. 74.

z wiedzą na temat ich pochodzenia. Pełnomocnik Austrii twierdził, że pewność dotycząca pochodzenia może być w opisywanych przypadkach poważnie ograniczona. W odpowiedzi na tę uwagę, Trybunał przyznał, że możliwość uzyskania szczegółowych informacji dotyczących tożsamości istoty ludzkiej, z uwagi na ich wpływ na kształtowanie się osobowości jednostki, być musi zakwalifikowana jako element prawa do prywatności²². Z drugiej jednak strony Trybunał zauważył, że wspomniane uprawnienie nie ma charakteru bezwzględne. Odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa²³ podkreślił, że zadaniem państwa jest zachowanie równowagi między interesem anonimowych dawców a interesem dziecka, co jednakże nie musi prowadzić do stworzenia mechanizmów gwarantujących poczętemu, przy użyciu określonych technik wspomaganej medycznie prokreacji, dziecku uzyskanie informacji na temat personaliów dawców gamet²⁴.

Reasumując przytoczone powyżej uwagi, Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że rząd austriacki nie przedstawił należycie uzasadnionych i obiektywnych argumentów przemawiających za zróżnicowaniem sytuacji małżeństwa H. E.-G. i M.G. w stosunku do par korzystających z technik sztucznej prokreacji niewymagających zewnętrznego dawstwa komórek jajowych. Tym samym Trybunał – stosunkiem głosów pięć do dwóch – orzekł, że doszło do naruszenia art. 14 Konwencji w związku z art. 8²⁵.

W przypadku drugiej ze skarżących par – małżeństwa 1 – konieczność skorzystania z gamet pochodzących od zewnętrznego dawcy wiązała się bezpośrednio z bezpłodnością D.H. Przypomnijmy w tym miejscu, że austriacka ustawa, tytułem wyjątku, zezwalała na wykorzystanie do celów sztucznej inseminacji nasienia zewnętrznego dawcy. W przypadku małżeństwa 1 możliwość zapłodnienia *in vivo* była jednak wykluczona z uwagi na niepłodność S.H.

spowodowaną wadliwą budową jajników. Zapłodnienie mogło więc nastąpić jedynie *in vitro*. Austriacka ustawa wykluczała jednak kategorycznie możliwość przeprowadzenia zabiegu pozaustrojowego zapłodnienia heterologicznego. W związku z powyższym zasadniczym celem Trybunału stało się zbadanie, czy odmienne traktowanie skarżących, w stosunku do par wykorzystujących nasienie pochodzące od zewnętrznego dawcy w celu zapłodnienia wewnątrzustrojowego, posiada obiektywne i racjonalne uzasadnienie.

Argumenty przedstawione przez rząd austriacki w celu uzasadnienia dokonanego zróżnicowania określonych kategorii podmiotów pragnących skorzystać z technik sztucznej inseminacji, zdaniem Trybunału, w zdecydowanej większości nie odnosiły się do sytuacji małżeństwa 1. Argumenty, które zostały przytoczone w celu uzasadnienia ograniczeń dotyczących dawstwa komórek jajowych, okazały się mieć niewielkie znaczenie w stosunku do dawstwa nasienia. Argumenty, które odnosiły się do technik MAP jako takich, z uwagi na fakt, że prawodawstwo austriackie dopuszczało pewne ich formy, również nie mogły zostać uznane za relewantne. Podobnie za nieadekwatne uznano argumenty dotyczące potencjalnego wykorzystywania kobiet lub narażania zdrowia dawczyń komórek jajowych na niebezpieczeństwo. Względę eugeniczne oraz interesy mających się narodzić dzieci, które w istocie mogłyby być słusznie podniesione w związku z problemem regulacji dawstwa nasienia, również nie mogły zostać uznane za elementy racjonalnego uzasadnienia z uwagi na fakt, że dotyczyłyby one wszelkich form wspomnianego dawstwa, a ustawodawstwo austriackie dopuszczało je dla celów sztucznej inseminacji²⁶.

Argumentem „nowym”, nad którym Trybunał zdecydował się pochylić, były wskazane przez rząd austriacki względy pragmatyczne związane z egzekwowaniem wprowadzonego ograniczenia. Pełnomocnik Republiki Austrii zauważył bowiem, że dawstwo nasienia mającego służyć celom zapłodnienia wewnątrzustrojowego było praktyką szeroko rozpowszechnioną na długo przed wejściem w życie ustawy o sztucznym zapłodnieniu. Ponadto stosowne zabiegi były stosunkowo proste do przeprowadzenia i w istocie nie wyma-

22 Wyrok w sprawie *Mikulic v. Chorwacja* z 7 lutego 2002 r., skarga nr 53176/99, par. 53–54; Wyrok w sprawie *Gaskin v. Zjednoczone Królestwo* z 7 lipca 1989 r., par. 36–37, 39.

23 Wyrok w sprawie *Odi v. Francja* z 13 lutego 2003 r., skarga nr 42326/98, par. 49.

24 Wyrok *S. H. i inni v. Austria...*, dz. cyt., par. 82–84.

25 Tamże, par. 85.

26 Tamże, par. 90.

gały udziału lekarza specjalisty. Z tych też względów, w opinii rządu austriackiego, wprowadzenie zakazu w tym zakresie byłoby wysoce nieefektywne w przeciwieństwie do zakazu dawstwa nasienia przeznaczonego do celów zapłodnienia pozaustrojowego²⁷.

Ustosunkowując się do powyższego argumentu Trybunał przyznał, że zgodnie z utartą linią orzecniczą celem Konwencji jest zagwarantowanie praw, które nie są iluzoryczne lub teoretyczne, a praktyczne i efektywne²⁸. Tym samym względy skuteczności określonej regulacji można uznać za element jej racjonalnego uzasadnienia. Ustawodawca przywołujący wspomnianą wartość regulacji każdorazowo jednak musi zestawiać ją z interesem osób dotkniętych określonym zakazem i dokonać stosownego wże-

Stwierdzając naruszenie przez Republikę Austrii postanowień Konwencji, nakazał wypłacić obu skarżącym parom, w terminie trzech miesięcy od dnia, w którym wyrok, zgodnie z art. 44 § 2, stanie się ostateczny, po 10 000 euro tytułem zadośćuczynienia. Ponadto Trybunał zasądził na rzecz wszystkich skarżących kwotę 18 333 euro oraz stosowny podatek tytułem zwrotu kosztów.

Opinie odrębne

Dwoje sędziów Trybunału załączyło do opisanego wyżej wyroku opinie odrębne. Sędzia Elisabeth Steiner podważyła zasadność wyroku w zakresie, w jakim odnosił się on do małżeństwo 2. W jej opinii zakaz wykorzystywania technik wspomaganej medycznie

Celem Konwencji jest zagwarantowanie praw, które nie są iluzoryczne lub teoretyczne, a praktyczne i efektywne.

nia. W opinii Trybunału ustawodawca austriacki niedostatecznie wyważył konkurencyjne interesy i w ten sposób nie zachował stosownych proporcji wprowadzając opisane ograniczenie. Jego zdaniem pragnienie posiadania dziecka jest na tyle istotną wartością, że – w rozpatrywanej sprawie – przeważa nad efektywnością regulacji prawnej²⁹.

Zgodnie z powyższym Trybunał stwierdził, że odmienne traktowanie małżeństwa 1 w stosunku do par decydujących się na zabieg pozaustrojowego zapłodnienia homologicznego nie posiada obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia. Konsekwentnie Trybunał – stosunkiem głosów sześć do jednego – orzekł, że doszło do naruszenia art. 14 Konwencji w związku z art. 8.

zapłodnienia heterologicznego pozostaje w zgodzie z art. 14 Konwencji w związku z art. 8. Uzasadniając swoje stanowisko, sędzia Steiner podkreśliła, że przyjmując ustawę o sztucznej prokreacji w opisanym wyżej kształcie, ustawodawca austriacki kierował się zasadą, iż metody wspomaganej medycznie prokreacji powinny być maksymalnie zbliżone do prokreacji naturalnej. W szczególności metody te nie powinny prowadzić do pogwałcenia zasady *mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant* i zaistnienia sytuacji, w której dziecko będzie mieć więcej niż jedną matkę biologiczną. Sędzia Steiner zwróciła uwagę na fakt, że w ten sposób ustawodawca austriacki usiłował umożliwić dostęp do MAP, a jednocześnie uwzględnić zastrzeżenia kierowane pod ich adresem przez znaczną część społeczeństwa. Jednocześnie przyznała, że ustawodawca austriacki wspomniany cel mógł osiągnąć na różne sposoby. W jej opinii zasadnicze pytanie w rozpatrywanej sprawie jednak nie brzmiało: czy ustawodawca austriacki mógł przyjąć rozwiązania lepiej wążące przeciwstawne interesy, lecz przyjmując opisaną ustawę, przekroczył

27 Tamże, par. 91.

28 Por. Wyrok w sprawie *Öcalan v. Turkey* z dnia 12 maja 2005 r., skarga nr 46221/99, par. 135; wyrok w sprawie *Folger i inni v. Norwegia* z dnia 29 czerwca 2007 r., skarga nr 15472/02, par. 100; wyrok w sprawie *Saldus v. Francja* z dnia 27 listopada 2008 r., skarga nr 36391/02, par. 51.

29 Wyrok *S. H. i inni v. Austria...*, dz. cyt., par. 92 – 93.

przysługujący mu na mocy art. 14 Konwencji margines swobody? Zauważyła przy tym, że Austria nie jest jedynym krajem, w którym zakazane jest dawstwo komórek jajowych, a także że zgodnie z projektem zalecenia w sprawie sztucznej prokreacji, złożonym przez CAHBI 10 stycznia 1989 roku, dla celów zapłodnienia pozaustrojowego, co do zasady, wykorzystywane mogły być jedynie gamety pochodzące od partnerów realizujących w ten sposób swoje plany prokreacyjne³⁰. Biorąc powyższe pod uwagę, a także fakt, że austriacka ustawa nie czyniła żadnych wyjątków od zakazu dawstwa komórek jajowych, sędzia Elisabeth Steiner stwierdziła, iż w tym zakresie ustawodawca austriacki nie przekroczył przysługującego mu marginesu swobody.

Drugą ze wspomnianych opinii odrębnych, tym razem dotyczącą całego wyroku, dołączył sędzia Sverre Erik Jebens. Zdaniem sędziego Jebensa nie ulegało wątpliwości, że możliwość podejmowania przez jednostki decyzji o posiadaniu potomstwa mieści się w granicach prawa wyrażonego w art. 8 Konwencji, bez względu na to, czy jej realizacja ma nastąpić w sposób naturalny, czy też dzięki MAP. Wykorzystanie jednak do wspomnianego celu technik MAP może rodzić poważne wątpliwości etyczne i prowadzić do niepożądanych skutków. Te względy wpłynęły też, w jego przekonaniu, na kształt ograniczeń, które wprowadził ustawodawca austriacki. Austriacka ustawa o sztucznej prokreacji daje więc małżonkom i osobom pozostającym w związkach nieformalnych, w sytuacji niemożności realizacji swoich planów prokreacyjnych w sposób naturalny, możliwość skorzystania z nich. Jednocześnie zapobiega niepożądanym następstwom wspomnianych technik, jak np. tworzeniu nienaturalnych relacji, selekcji prenatalnej, eksploatacji kobiet. Ustawodawca austriacki w przyjętych rozwiązaniach normatywnych uwzględnił ponadto rzeczywisty stan konsensusu społecznego dotyczącego regulowanej materii. W opinii sędziego Jebensa oczywiste jest, że względy te wchodzą w zakres art. 8 § 2 dającego państwu możliwość ingerencji w korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w celu „ochrony zdrowia i moralności”, a także

„ochrony praw i wolności innych osób”. Podkreślił przy tym, że w jego opinii nie istniały inne możliwości realizacji celów założonych przez ustawodawcę austriackiego, a także że z uwagi na delikatność materii państwa powinny korzystać z szerokiego marginesu swobody przy podejmowaniu działań legislacyjnych w tym zakresie.

Brak naruszenia art. 8 Konwencji powodował automatycznie bezprzedmiotowość rozważania naruszenia normy wyrażonej w art. 14. Niemniej sędzia Jebens poddał analizie zarzut dyskryminującego traktowania. Zauważył mianowicie, że problem tego rodzaju może powstać, gdy odmienne traktowanie dotyczy sytuacji, które są do siebie wystarczająco podobne. Tymczasem w rozpatrywanej sprawie Trybunał zestawiał ze sobą sytuacje par, które w swej naturze były całkowicie odmienne. Sytuacja skarżących, którzy do celu zapłodnienia pozaustrojowego musieli wykorzystać gamety pochodzące od zewnętrznych dawców, odniesiona została do sytuacji par, w których zasięgu pozostawało zapłodnienie homologiczne. Co więcej, z uwagi na wspomnianą odmienną, ustawodawca austriacki zdecydował się na wprowadzenie zaskarżonego rozróżnienia. Biorąc zatem pod uwagę fakt, że państwu przysługuje margines swobody, a także rozróżnienie zostało dokonane w oparciu o możliwe do zaakceptowania względy, sędzia S.E. Jebens orzekł, iż nie doszło do naruszenia Konwencji.

Ocena stanowiska Trybunału

1. Głosowany wyrok stanowi niewątpliwie kolejny dowód na „żywość”³¹ Konwencji. Trudno podejrzewać, by jej twórcy, w ostatnich latach pierwszej połowy XX wieku, byli w stanie przewidzieć kierunki rozwoju nauk biomedycznych i prawne implikacje ich ewolucji, a tym bardziej podejmowali trud ich regulacji. W tym świetle niewątpliwie pozytywnie ocenić należy działania orzecznicze Trybunału, dzięki którym Konwencja, po prawie 60 latach swego istnienia, jest efektywnym instrumentem w zakresie ochrony praw człowieka.

Z drugiej strony orzecznictwo Europejskiego Try-

30 Zasada nr 11 projektu CAHBI.

31 Por. wyrok w sprawie *Tyrer v. Zjednoczone Królestwo* z 25 kwietnia 1978 r., skarga nr 5856/72, par. 31.

bunału Praw Człowieka, a wcześniej Komisji, które w wielu kwestiach doprowadziło już dawno do odejścia od „pierwotnych intencji” jej twórców, może być źródłem wielu niepokojów, szczególnie w zakresie, w jakim dotyka ono kwestii delikatnych etycznie. Za kwestie tego rodzaju niewątpliwie uznać współcześnie należy zagadnienia związane z rozwojem nauk medycznych, a zwłaszcza technik sztucznej prokreacji. Możliwość wyprowadzenia przez Trybunał z treści Konwencji standardów, które będą stały w opozycji do wypracowanych na drodze dialogu publicznego rozwiązań krajowych, doprowadzić może do sytuacji, w której ten nie będzie postrzegany jako „strażnik” praw i wolności człowieka, ale – nawiązując do słów sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki Antonina Scalii – jako swoisty „mufla świata zachodniego”³².

2. Jednym z najistotniejszych elementów głosowanego wyroku, z punktu widzenia polityki polskiego bioprawa, wydaje się uwaga Trybunału, zgodnie z którą państwo nie ma obowiązku ustanawiania aktów prawnych regulujących kwestię dostępności do MAP, a tym bardziej gwarantujących do nich dostępność. Jeśli jednak państwo zdecyduje się na taki krok, to bez względu na zakres marginesu uznania, jakim dysponuje, stanowione normy prawne muszą być koherentne i zgodne ze standardami EKPCz.

Powyższa uwaga *prima facie* zdaje się w sposób bardzo efektywny łączyć zasadę autonomii państwa w regulowaniu kwestii delikatnych etycznie – określanej w orzecznictwie Trybunału, a wcześniej Komisji, mianem „marginesu swobody”, z wysokimi standardami ochrony praw i wolności człowieka przewidzianymi w Konwencji. Przypomnijmy w tym miejscu, iż konstrukcja „marginesu swobody” po raz pierwszy pojawiła się w orzecznictwie organów strasburskich w związku ze sprawą *Handyside v. Zjednoczone Królestwo*³³, w której Komisja uznała, że „z racji swojego bezpośredniego i ciągłego kontaktu z procesami zachodzącymi w kraju, władze krajowe są co do zasady w lepszej sytuacji niż międzynarodowi sędziowie, aby wydać opinię w zakresie

okoliczności wymaganych do uznania »niezbędności« wprowadzenia ograniczeń. (...) Konsekwentnie art. 10 ust. 2 pozostawia Stronom margines swobody. Margines ten przysługuje zarówno ustawodawcy krajowemu (...), jak i organom (...), które są uprawnione do interpretowania i stosowania prawa”. Znaczenie „marginesu swobody” państwa w związku z regulacjami bioetycznymi dobitnie podkreślił Trybunał w wyroku z 29 października 1992 roku, w sprawie *Open Door i Dublin Well Woman v. Irlandia*, stwierdzając że: „nie może się zgodzić z opinią, iż zakres uznania Państwa w sferze ochrony moralności jest nieskrępowany i niepodlegający ocenie. Trybunał przyznaje jednak, że organy władzy krajowej cieszą się szerokim marginesem uznania w kwestiach moralności, zwłaszcza w sferze przekonań związanych z istotą ludzkiego życia”³⁴.

W świetle powyższego stwierdzenie, że państwo nie ma obowiązku ustanawiania aktów prawnych regulujących kwestię dostępności do MAP, a w szczególności gwarantujących dostępność do nich, zdaje się w pełni wpisywać we wspomnianą powyżej konstrukcję „marginesu uznania”³⁵. Zwrócenie zaś uwagi na konieczność zachowania standardów konwencyjnych, w przypadku podjęcia przez państwo akcji legislacyjnej dotyczącej ART, w szczególności gdy decyduje się na wprowadzenie dostępności do nich, uchronić ma jednostki przed niedozwolonym różnicowaniem.

Wskazany powyżej „kompromis”, mimo jego pozornej atrakcyjności wyrażającej się w poszanowaniu interesów państwa oraz jednostki, w istocie zanedbać może krępować zarówno prawodawcę krajowego, jak i jednostki pragnące korzystać z technik medycznie wspomaganej prokreacji. Niepodjęcie przez prawodawcę akcji legislacyjnej w opisywanym zakresie prowadzi do sytuacji, w której zarówno dostępność do technik MAP, jak i standardy ich wykonywania

34 Skarga nr 14234/88, par. 68.

35 Na tego rodzaju perspektywę Trybunału wpłynął brak jednolitej praktyki ustawodawczej poszczególnych państw – stron Konwencji dotyczącej kwestii związanych ze sztuczną prokreacją. Por. *Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP*, Strasbourg, 12 lipca 2005 r., CDBI/INF (2005) 7.

32 A. Scalia, *Muflowie zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009.

33 Wyrok z 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72, par. 48.

wyznaczane są poprzez praktykę kliniczną, kodeksy deontologiczne, system wartości wyrażony w normach konstytucyjnych etc. W praktyce prowadzi to często do sytuacji, w której techniki MAP wykonywane są poza jakąkolwiek instytucjonalną kontrolą. Podejmując wspomnianą wyżej akcję, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, ustawodawca krajowy ma możliwość wprowadzenia całkowitego zakazu wykonywania określonych zabiegów MAP lub też zagwarantować dostęp do wybranych ich form, bez różnicowania podmiotów pragnących z nich skorzystać³⁶. Tym samym ustawodawca traci w znacznym zakresie możliwość ustanowienia jako zasady zakazu wykonywania określonej techniki, którą w ogólności uważa za „niegodziwą”, a jednocześnie – w wyjątk-

art. 8 Konwencji przewiduje możliwość ingerencji władzy publicznej w korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego m.in. w sytuacji, gdy zachodzi potrzeba ochrony zdrowia i moralności lub praw i wolności innych osób. Niewątpliwie ustanowienie norm, które stoją w jawnej opozycji do stanowiska społeczeństwa będącego odzwierciedleniem osiągniętego konsensusu w kwestii tak delikatnej, jak zasady dostępności do technik MAP, uznać należy za pogwałcenie „moralności publicznej”. Zauważyć w tym miejscu należy, że współczesne demokratyczne państwo prawne w zasadniczym stopniu opiera się na konsensusach wypracowanych w drodze dialogu publicznego. Bez wątpienia za tego rodzaju konsensus na poziomie europejskim uznać

„Współczesne demokratyczne państwo prawne w zasadniczym stopniu opiera się na konsensusach wypracowanych w drodze dialogu publicznego.

kowych wypadkach, w których wkroczenie na *terra prohibita* zdaje się być możliwe do zaakceptowania w świetle przyjętego *a priori* systemu wartości – przewidzieć od niej wyjątki. Podkreślić wyraźnie należy, że austriacka ustawa o sztucznej prokreacji w istocie ten właśnie model realizowała. Podobnie ograniczona wydaje się możliwość przyjęcia jako zasady wolności przeprowadzania określonych technik MAP i ustanowienia, jako wyjątków, stosownych zakazów.

3. Trudno zgodzić się z opinią Trybunału, iż w opisywanej sprawie państwo przekroczyło granice „marginesu swobody”. Jak zauważył sędzia Jebens,

³⁶ Naturalnie uwagi Trybunału odnosiły się wyłącznie do kwestii zapłodnienia heterologicznego z wykorzystaniem gamet pochodzących od dawców zewnętrznych. W części ocennej tekstu pozwalam sobie jednak, z uwagi na swoiste „gatunkowe” podobieństwo problemów związanych z MAP, ekstrapolować je na całość problematyki sztucznej prokreacji.

należy samą Europejską Konwencję Praw Człowieka. Jeśli więc celem współczesnego prawodawstwa, zwłaszcza w zakresie ochrony praw i wolności człowieka, jest m.in. zapobieżenie sytuacji, w której określony podmiot narzuca swoją wizję moralności innym osobom, przyjęć należy, że jednostkowe systemy wartości i wywodzone z nich uprawnienia nie mogą wchodzić w konflikt z systemem „wspólnotowym” (społecznym), na bazie którego się pojawiają. Zauważmy, że przyznanie w takiej sytuacji priorytetu prawom i systemowi wartości jednostki prowadziłoby do podważenia systemu wartości wspólnoty, który jest źródłem i gwarantem praw tej pierwszej.

Zgodnie z powyższym uznać należy, że regulacja austriacka nie tylko służyła zabezpieczeniu moralności wspólnoty, ale wręcz była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie” celem zachowania jego demokratycznego charakteru, a w związku z tym upoważniała władzę publiczną do ingerencji w pra-

wo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego jednostki.

4. Biorąc pod uwagę fakt, że celem regulacji austriackiej było – jak się wydaje – m.in. doprowadzenie do sytuacji, w której pozycja prawna, biologiczna i społeczna dziecka poczętego przy użyciu technik wspomaganie medycznie prokreacji, byłaby jak najbardziej zbliżona do pozycji dziecka poczętego w sposób naturalny, uznać należy, że wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenia – a w szczególności zakaz wykorzystywania do celów sztucznej prokreacji komórek jajowych pochodzących od zewnętrznego dawcy – były adekwatne w stosunku do zamierzonego celu. Wszelkie inne środki o mniej restrykcyjnym charakterze, jak np. zakaz pobierania wynagrodzenia za dawstwo gamet czy też zdanie się na „etykę” personelu medycznego, wydają się niewystarczające.

5. O ile słuszną wydaje się uwaga Trybunału, zgodnie z którą ochrona kobiet przed poniżaniem i eksploatacją, jak również narażeniem na uszczerbek ich zdrowia, w związku z rozwojem technik sztucznej prokreacji, nie wymaga zastosowania tak daleko idących środków, jakie wprowadził ustawodawca austriacki, o tyle pewne wątpliwości wzbudza jej uzasadnienie w zakresie, w jakim Trybunał zwraca uwagę na ogólny charakter tego problemu. W opinii Trybunału argument zwracający uwagę na możliwe wykorzystywanie kobiet odnosi się do całości technik MAP, nie zaś określonych procedur, a tym samym nie może być uznany za relewantny w rozpatrywanej sprawie. Oczywiście trudno nie zgodzić się z opinią Trybunału kładącą nacisk na konieczność prowadzenia argumentacji w związku z toczącą się sprawą. Z drugiej jednak strony wydaje się, że w opisywanej sprawie pełnomocnik Austrii mógł oczekiwać, iż przytoczony argument Trybunał rozważy zgodnie z zasadą *dictum de omni*, w myśl której *quidquid de omnibus valet, valet etiam de quibusdam et de singulis*. Ponadto wydaje się, że ustawodawca austriacki mógł uznać, że w szczególnym przypadku wykorzystywania gamet pochodzących od dawcy zewnętrznego możliwość wykorzystywania kobiet, wiążąca się ze wszystkimi technikami sztucznej prokreacji, przybierać może najbardziej niepożądane formy.

6. Co do zasady, zgodzić się należy ze stanowiskiem Trybunału, iż zróżnicowanie sytuacji kobiet pragnących zrealizować swe plany prokreacyjne wykorzystując do tego celu nasienie pochodzące od dawcy zewnętrznego, z uwagi na fakt, czy zapłodnienie ma nastąpić *in vivo* czy też *in vitro*, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. Ponownie jednak nie można zgodzić się z częścią uzasadnienia Trybunału, w której zwraca on uwagę na ogólny charakter argumentacji pełnomocnika Republiki Austrii. Gdyby Trybunał uznał za właściwe zastosowanie zasady *dictum de omni*, wówczas dostrzegłby, że ogólna krytyka sztucznej prokreacji przekłada się do pewnego stopnia na dokonane rozróżnienie. Wydaje się, że możliwość naruszenia dobra mającego się począć dziecka, systemu wartości uznawanego przez większość społeczeństwa, możliwość selekcji eugenicznej etc. jest zdecydowanie większa w przypadku zapłodnienia *in vitro* aniżeli *in vivo*. Uzasadnienie wyroku w tej części uznać zatem należy za nazbyt lakoniczne.

7. W uzasadnieniu wyroku Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że prawodawstwo Rady Europy w zakresie bioetyki, a w szczególności Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie z 1997 roku, nie reguluje kwestii dawstwa gamet, a jedynie w art. 14 wprowadza zakaz używania technik medycznie wspomaganie prokreacji w celu wyboru płci dziecka. Tym samym Trybunał uznał, że regulacje Konwencji Biomedycznej nie mogą stanowić adekwatnego źródła prawa umożliwiającego rekonstrukcję norm prawnych odnoszących się do rozpatrywanej kwestii. O ile niewątpliwie jest, że regulacje Konwencji Bioetycznej w bardzo niewielkim zakresie regulują bezpośrednio kwestie związane ze wspomaganą medycznie prokreacją³⁷, o tyle nie można się zgodzić z poglądem, że na jej podstawie nie można sformułować ogólnych reguł oceny rozwiązań normatywnych w tym zakresie.

37 W istocie problemów tych bezpośrednio dotyczy art. 14 Konwencji Biomedycznej zakazujący wykorzystywania technik medycznie wspomaganie prokreacji w celu wybrania płci przyszłego dziecka, z wyjątkiem przypadków, w których celem jest uniknięcie poważnej choroby dziedzicznej związanej z płcią dziecka, oraz art. 18 regulujący kwestie związane z możliwością przeprowadzania eksperymentów na embrionach *in vitro*, a także tworzenia embrionów dla celów eksperymentalnych.

sie, a nawet swoistych wskazówek ustawodawczych.

W związku z powyższym należy zauważyć przede wszystkim, że jednym z zasadniczych celów Konwencji, wyrażonym *expressis verbis* w jej tytule jest „ochrona (...) godności istoty ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycyny”. Nie ulega wątpliwości, że termin „istota ludzka” występujący na gruncie Konwencji można z powodzeniem odnieść zarówno do powstałego dzięki zastosowaniu metody *in vitro* embrionu ludzkiego, jak i narodzonego w jego następstwie dziecka. Oczywiście również jest, że możliwość wykorzystania dla celów sztucznej prokreacji gamet pochodzących od dawców zewnętrznych jest jednym z efektów rozwoju biologii i medycyny. Konsekwentnie uznać należy, że działania związane z wykorzystywaniem gamet pochodzących od dawców zewnętrznych dla celów prokreacyjnych dotyczyć mogą poczętej w ten sposób istoty ludzkiej oraz jej godności. Tym samym, uznając, że faktycznie Konwencja nie reguluje wprost kwestii dawstwa gamet do celów prokreacyjnych, podkreślić należy, że z jej aksjologii, a szerzej – filozofii, wynika zakaz podejmowania działań sprzecznych z godnością istoty ludzkiej.

Powyższa hipoteza zdaje się znajdować swe pełne potwierdzenie w aktach normatywnych organów Rady Europy, które stały się elementami fundamentu, na którym wyrosła Konwencja Biomedyczna. Już w zaleceniu 1046 (1986) Zgromadzenie Parlamentarne RE zwracało uwagę na fakt ciągłości rozwojowej życia ludzkiego, którego początek wyznacza moment zapłodnienia i związanej z faktem tym konieczności traktowania ludzkich embrionów z poszanowaniem należnym godności ludzkiej, bez względu na okoliczności³⁸. O konieczności zabezpieczenia godności istot ludzkich mowa jest również w zaleceniu Zgromadzenia Parlamentarnego RE 1100 (1989) dotyczącym wykorzystywania ludzkich embrionów i płodów w badaniach naukowych. Wspomnieć ponadto należy o projekcie zalecenia w sprawie sztucznej prokreacji z 10 stycznia 1989 roku autorstwa Komitetu Ekspertów ds. Bioetyki (CAHBI). Projektowany akt zawierał 21 zasad, w świetle których korzystanie z metod sztucznej prokreacji co do zasady objęte było

zakazem, a normy zezwalające na dostęp do nich posiadały charakter *leges speciales*. Przykładowo, w zasadzie pierwszej ograniczano możliwość stosowania technik sztucznej prokreacji jedynie do związków o charakterze heteroseksualnym, jeśli równocześnie istniały warunki konieczne do zabezpieczenia dobra mającego się narodzić dziecka. Co więcej, zasada nr 11 stwierdzała wprost, że „zabieg zapłodnienia *in vitro* przeprowadza się – co do zasady – przy użyciu gamet partnerów”. Jedynie „w wyjątkowych przypadkach – określonych przez państwa członkowskie – dopuszczalne jest użycie gamet innych dawców”.

Powyższe prowadzi zatem do wniosku, że dorobek normatywny Rady Europy zawiera wskazówki znajdujące się poza Europejską Konwencją Praw Człowieka, umożliwiające dokonanie oceny regulacji krajowych dotyczących dawstwa gamet i sztucznej prokreacji, a nawet więcej, zawiera przesłanki umożliwiające pozytywną ocenę regulacji austriackiej.

8. Teza głosowanego wyroku może pociągać za sobą poważne wątpliwości interpretacyjne dotyczące treści art. 27 Konwencji Biomedycznej, zgodnie z którym: „Żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie może być interpretowane jako ograniczające bądź w inny sposób godzące w prawo przyznania przez Stronę szerszego zakresu ochrony w kontekście zastosowań biologii i medycyny, niż jest to przewidziane w niniejszej Konwencji”. Jak wyżej wspomniano, normy wyrażone *expressis verbis* w zapisach Konwencji dotyczące sztucznej prokreacji są niezwykle lapidarne. Niewątpliwie wspomniana „oszczędność” wiąże się z faktem, iż Konwencja Bioetyczna wyraża jedynie te zasady, co do których zdołano osiągnąć międzynarodowy konsensus. Z uwagi na specyfikę regulowanych spraw, zakres osiągniętego konsensusu siłą rzeczy nie mógł być zbyt rozległy. Zdając sobie w pełni sprawę z tego faktu, twórcy Konwencji pozostawili państwom-stronom możliwość rozwijania jej standardów i rozszerzania zakresu ochrony praw człowieka i godności istoty ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycyny. *Prima facie* działanie legislacyjne ustawodawcy austriackiego z powodzeniem można by zinterpretować jako mieszczące się w ramach przyznanego mu przez Konwencję Biomedyczną „zakresu uznania” i w istocie rozwijające mechanizmy ochrony godności istoty ludzkiej.

³⁸ Par. 10 zalecenia 1046 (1986).

Jedną z konsekwencji głosowanego wyroku zdaje się jednak być konieczność odrzucenia powyższego wniosku, tym bardziej że Konwencja Biomedyczna musi być interpretowana jako instrument rozwijający postanowienia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³⁹, a nie stojący w opozycji do niej⁴⁰.

Rozwój biomedycyny niewątpliwie coraz częściej prowadzić będzie do sytuacji, w których dochodzić będzie do konfliktu pomiędzy interesem istoty ludzkiej „domagającej się” ochrony jej godności a interesem osób pragnących korzystać z możliwości, jakie on niesie. Przykład ustawodawcy austriackiego ukazuje, że próba stworzenia mechanizmów, które w sposób efektywny mogą chronić interesy tej pierwszej grupy, prowadzi do ograniczenia praw osób mogących być swego rodzaju beneficjentami technik MAP. Istniejący konflikt, w świetle komentowanego wyroku, powinien zaś być rozstrzygany przez państwo na korzyść tych ostatnich. Prowadzi to jednak do kuriozalnego wniosku, okazuje się bowiem, że rozwój biomedycyny, a w szczególności możliwość wykorzystania gamet pochodzących od dawców zewnętrznych dla celów medycznie wspomaganej prokreacji stwarza zagrożenie nie tyle dla istoty ludzkiej będącej w prenatalnym stadium rozwoju, jak również mającego się narodzić dziecka, ile przede wszystkim dla osób pragnących realizować swoje plany prokreacyjne.

9. Zarówno analizowany wyrok, jak i wcześniejszy wyrok Trybunału w sprawie *Dickson v. Zjednoczone*

*Królestwo*⁴¹ skłaniają do sformułowania hipotezy, iż „margines swobody” państwa w regulacji problematyki bioetycznej ulegać będzie stopniowemu ograniczeniu w sytuacjach, gdy dochodzić będzie do konfliktu pomiędzy interesem jednostek pragnących korzystać z osiągnięć nauk biomedycznych a interesem społeczeństwa, uznającego określony system wartości, lub interesami nienarodzonej istoty ludzkiej. Konstrukcja „marginesu swobody” zdaje się bowiem być przywoływana przez Trybunał w sprawach bioetycznych w sytuacjach, gdy przemawia na korzyść osoby i jej wolności. Gdy konstrukcja ta mogłaby skłaniać do nadania priorytetu interesowi publicznemu, reprezentującemu zazwyczaj zachowawcze podejście do efektów rozwoju biomedycyny, w stosunku do interesu prywatnego, Trybunał podkreśla potrzebę ograniczenia zakresu tegoż marginesu.

10. Zakaz różnicowania jednostek pragnących uzyskać dostęp do określonej techniki MAP może w perspektywie uruchomić mechanizm „równi pochyłej”⁴². Jeśli bowiem różnice zachodzące między zapłodnieniem heterologicznym a homologicznym nie mogą być w opinii Trybunału uznane za „obiektywne i racjonalne podstawy”, wystarczające do odmiennnej regulacji sytuacji prawnej podmiotów pragnących skorzystać z jednej lub z drugiej formy zapłodnienia, wówczas trudno może być sformułować „obiektywne i racjonalne podstawy” dla różnicowania sytuacji osób hetero- i homoseksualnych, żyjących w związku i samotnie etc.

39 Zob. np.: O. Nawrot, *Europejska Konwencja Bioetyczna*, [w:] M. Balcerzak, S. Sykuna (red.), *Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 109.

40 Zwrócić należy ponadto uwagę na fakt, że zgodnie z art. 29 Konwencji Biomedycznej organem uprawnionym do interpretacji jej zapisów jest Europejski Trybunał Praw Człowieka.

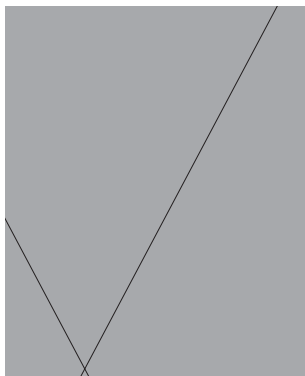
41 Wyrok z 4 grudnia 2007 r., skarga nr 44362/04.

42 Por. B. Chyrowicz, *Bioetyka i ryzyko. Argument „równi pochyłej” w dyskusji wokół osiągnięć współczesnej genetyki*, Lublin 2002.

Franciszek Longchamps de Bérrier

Rachunek sumienia dla historii prawa?

Recenzja *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, S. Katz (wyd.), t. 1-6, Oxford University Press 2009.



Franciszek Longchamps de Bérrier

Ksiądz katolicki, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, LL.M. (Georgetown University), kierownik Zakładu Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji UJ, wykładowca na Uniwersytecie Warszawskim; członek Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej PAN, Komitetu Nauk Prawnych PAN, Zespołu Ekspertów Konferencji Episkopatu Polski ds. Bioetycznych; stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Recenzja sześciotomowej encyklopedii prawniczej siłą rzeczy nie będzie kompletnym przedstawieniem, krytycznym przeglądem i pogłębioną analizą, wzbogacającą jeszcze garścią szczegółowych uwag czy uzupełnień. Musi się skupić na wydobyciu zamysłu twórców: redaktora naczelnego, redaktorów i autorów, omówieniu realizacji pomysłu, ocenie użyteczności dzieła i wskazaniu niektórych przynajmniej wniosków, jakie płyną z dokonanych przez nich wyborów.

Podjęli niebywale trudne wyzwanie, skoro zdecydowali się zarysować tak rozległą panoramę powszechnej historii prawa. Praca napisana w języku angielskim, wydana przez prestiżowe wydawnictwo, będzie dostępna na całym świecie. Każdy zainteresowany sięgnie po nią z nadzieją, że znajdzie właśnie to, czego w danej chwili poszukuje, a przy tym będzie gotów do wydania surowej oceny z własnej,

często wysoce specjalistycznej perspektywy. Wielką odwagę wykazali więc autorzy i redaktorzy, oddając do rąk czytelników tak przekrojowe w założeniu dzieło. Po to, aby mu sprostać, wyodrębnili osiem obszarów badawczych, w których dane zagadnienie może zostać przedstawione: antyczne prawo greckie, antyczne prawo rzymskie, prawo chińskie, angielskie *common law*, prawo islamskie, średniowieczne i późniejsze prawo rzymskie, prawo Stanów Zjednoczonych, a także zbiorczo prawo południowej Azji, Afryki i Ameryki Łacińskiej. W tematycznym wykazie, zamieszczonym w tomie szóstym (t. 6, s. 165–177), hasła zostały ułożone alfabetycznie aż w dziesięć części, co lepiej oddaje zakres treści encyklopedii. Oprócz wskazanych bowiem ośmiu obszarów wyróżnia się jeszcze biografie oraz razem: opracowania ogólne i dotyczące innych tradycji prawnych, jak

prawo, religia, prawo międzynarodowe, prawo żydowskie, prawo starożytnego Bliskiego Wschodu, Rosja. Uprzedzając już dalsze oceny, wypada w tym miejscu podkreślić, że w międzynarodowej encyklopedii historii prawa udało się uwzględnić zdecydowaną większość świata i właściwie wszystkich epok.

„Každy z tych systemów prawnych ma własną historię, choć niektóre zostały lepiej przez uczonych opisane niż inne. Problemem współczesnego obserwatora historii prawa jest, że każda z tych historii istnieje w jej lokalnej kulturze, języku i tradycji nauczania. Nie ma zaś powszechnej zgody co do tego, co stanowi «historię prawa»” (t. 1, s. xxi). Tak o podstawowym problemie, jaki rodzi próba panoramicznego ujęcia dziejów prawa, napisał we wstępie redaktor naczelny encyklopedii, profesor Uniwersytetu Princeton Stanley N. Katz. Dobrał sobie jedenastu współpracowników – redaktorów koordynujących poszczególne obszary tematyczne. Znaleźli się wśród nich Andrew D. E. Lewis z University College London, odpowiedzialny za dziedzinę antycznego prawa rzymskiego, i Klaus Luig z Uniwersytetu Kolońskiego, któremu powierzono rzymskie prawo średniowieczne i późniejsze. Profesor prawa rzymskiego Geoffrey MacCormack czuwał nad pracami o prawie chińskim, prawdziwą pasją swego życia. Poświęcił się jej całkowicie po przejściu na emeryturę w Uniwersytecie w Aberdeen. David Ibbetson z Cambridge – także romanista – koordynował

opracowanie angielskiego *common law*. Jednak dopiero liczny skład całego zespołu uświadamia rozmach i skomplikowanie przedsięwzięcia: ponad 950 artykułów, haseł i podhaseł, napisanych przez prawie 500 autorów z kilkunastu krajów (lista autorów t. 6, s. 179–97). Pochodzą oni głównie z obszaru angielsko- i niemieckojęzycznego. I tylko jeden z Polski – Tomasz Giaro, który napisał artykuł pt. „Poland” (t. 4, s. 330–332).

Różnice między systemami prawnymi są niezaprzeczalne

sie i pod różnymi szerokościami geograficznymi pojawiają się podobne zgoła problemy prawne. Wielokrotnie próbowano to swego czasu kwestionować, przeceniając rolę kultury, języka, przeszłości historycznej i innych uwarunkowań. Za anachroniczne uznawano odnoszenie prób opisu, wypracowanych w jednych okolicznościach, do podobnych sytuacji lub ich poszukiwania gdzie indziej. Podobnie myślący badacze mogą być zaskoczeni, czytając na przykład hasło „rule of law”



Twórcy encyklopedii nie mieli oporów przed odnotowaniem, że w różnym czasie i pod różnymi szerokościami geograficznymi pojawiają się podobne problemy prawne.

i może nasuwać się wątpliwość co do sensu ich zestawiania. „A jednak globalizacja wszystkiego uświadomiła nam konieczność porównywania porządków prawnych i podejmowania prób zrozumienia tego, co takie samo w sposobach, w jakie różne społeczeństwa rozwiązują problemy prawne dotykające wszystkich społeczeństw” (t. 1, s. xxii). Twórcy encyklopedii nie mieli więc oporów przed odnotowaniem, że w różnym cza-

(t. 5, s. 164–166), poświęcone prawu chińskiemu. Zdziwienie wzbudzi przyjęte ograniczenie, a przede wszystkim zastosowanie go do obszaru prawnego, w którym nie tylko tradycyjnie, ale w ogóle posługiwania się określeniem „rządy prawa” raczej nikt się nie spodziewa. Wszystko ze względu na despotyczne rządy cesarzy i ich dwudziestowiecznych następców. Natomiast Karen Gottschang Turner z Harvard Law School

najpierw definiuje, że *rule of law* należy rozumieć jako konstelację wartości i sposobów postępowania opartych na założeniu, że zdrowy porządek prawny podporządkowuje prawu interesy rządzącej elity. Przywołuje Arystotelesa, bo jest świadoma, że rządy prawa utożsamia się z klasyczną grecką definicją i instytucjami liberalnych państw Zachodu. Wszelako nie ma wątpliwości, iż elementy *rule of law* mogą być dostrzeżone również w tradycyjnej kulturze politycznej Chin. Swoją panoramę rozpoczęła w IV wieku przed Chrystusem, szkicując ją aż do czasów ostatniej dynastii i epoki burzliwych przemian społeczno-politycznych w Chinach ubiegłego stulecia. Nie powinno to jednak dziwić. W istocie bowiem postulat przestrzegania prawa przez rządzących, ujmowany w kręgu anglosaskim jako *rule of law*, a w tradycji kontynentalnej jako państwo prawne – *Rechtsstaat*, nie powstał wraz z pojawieniem się tam wskazanych określeń. Ideał „rządów prawa, a nie ludzi”, a więc praworządności, ma w naszym kręgu genezę antyczną¹. Dlaczego odmawiać go innym, nawet jeśli uznamy to tylko za namiastki? Natomiast dostrzeganie go w prawie Chin przez wieki jego dziejów każe z zacięciem oczekiwać innych wniosków z rozważań prowadzonych podobnymi torami myślowymi, zwłaszcza antropologicznymi.

Równie szeroką perspektywę naukową przyjęto w czterech pod-

hasłach, składających się na artykuł „codes and codifications” (t. 2, s. 28–51). Kodyfikacji nie ogranicza się tu do dzieła oświecenia, wyrosłego na gruncie siedemnastowiecznej filozofii prawa natury. Jasne, że zamieszczono informację o postępach i niepowodzeniach tej koncepcji w Stanach Zjednoczonych. Jednakowoż kodeksy i kodyfikacje poszukiwane są w starożytnym prawie greckim i rzymskim. Osobne artykuły dotyczą również prawa islamskiego, islamskiego w Afryce i wreszcie średniowiecznego oraz późniejszego prawa rzymskiego prywatnego. Praktycznie przydatnym okazało się tedy intuicyjne rozumienie kodyfikacji jako wszelkich prób zebrania, rewizji, ujednolicenia prawa. Jednoznacznie wyraził to Gerhard Thür, który na początku podhasła o antycznym prawie greckim pisał: „tak tedy kodyfikacja prawa przyjmowała wiele różnych form w toku historii” (t. 2, s. 28). I na równi z tą w nowoczesnym, technicznym sensie za standardową traktował dzieło cesarza Justyniana. Trzeba wszelako zauważyć, iż wobec założenia tak uniwersalnego postrzegania kodyfikacji, każdy z autorów czuł się w obowiązku odnieść do kwestii jej rozumienia.

Skoro ludzkość chce się widzieć globalnie, całościowe spojrzenie na dzieje prawa jako dzieje społeczeństw przekonuje do jednolitego uporządkowanego naukowego myślenia o przeszłości i teraźniejszości. Czy jednak ta rzeczywiście pionierska praca, jaką jest *Oksfordzka Międzynarodowa Encyklopedia Historii Prawa*,

sprostała postawionemu sobie zadaniu? Trochę za mało czasem powiązań między poszczególnymi opracowaniami, stąd trudno o poważniejsze porównanie. Można poznać różne rozwiązania, te jednak tylko, które zdołano w pracy opisać. Encyklopedia stanowi bogaty i ciekawy zbiór, ale sprawia on wrażenie zestawienia tego, co udało się zamówić i zebrać, a nie precyzyjnie budowanego obrazu, powstającego przez umiejętne złożenia bardzo się między sobą różniących elementów. Z uznaniem trzeba przyjąć założenie, że ważniejsze jest dla twórców encyklopedii pogłębienie danego zagadnienia niż szeroki zakres i całościowe ujęcie, które zazwyczaj uzyskuje się za cenę powierzchowności (por. t. 1, s. xxiii). Może to tłumaczyć niedostatki przedstawianego przez encyklopedię obrazu. Twórcy zastrzegają się, czemu nie sposób się co dziwić, że praca będzie szerzej traktować angielskie *common law* i w ogóle Stany Zjednoczone oraz inne kraje anglojęzyczne. Prawda, że *gros* odbiorców publikacji jest anglojęzyczna i bardziej tymi obszarami zainteresowana. Z grona jedenastu redaktorów aż trzy osoby odpowiadały za samo prawo USA. Wyodrębniono obszar badawczy, którego historia jest nieporównanie krótsza od każdego z siedmiu pozostałych. Jednak w praktyce korzystania z międzynarodowej encyklopedii rodzi się szereg zastrzeżeń poważniejszych od wskazanej dysproporcji. Nie raz też pojawia się omówienie średniowiecznego i późniejsze-

¹ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 116.

go prawa rzymskiego bez choćby krótkiego przedstawienia podstaw w antycznym prawie rzymskim. Dlaczego „body” (t. 1, s. 298–301), „purity or impurity” (t. 5, s. 57–59) czy „worship” (t. 6, s. 146–150) przedstawiono jedynie w prawie islamskim? Hasło „status” zawiera tylko dwa podhasła, dotyczące antycznego prawa greckiego i prawa chińskiego (t. 5, s. 354–359). I to tylko tyle? Często nieoceniony okazuje się indeks ogólny (t. 6, s. 215–480), bez którego sprawdzania właściwie z niewielkim pożytkiem, po omacku korzysta się z encyklopedii. Pozwala uzupełnić brak symetrii w hasłach, jak na przykład „rape” (t. 5, s. 64–69) – o gwałcie traktują jeszcze inne artykuły (t. 6, s. 422), czy „usury” (t. 6, s. 68–72) – o lichwie znajdzie się dużo więcej (t. 6, s. 467) niż tylko w prawie islamskim i średniowiecznym prawie rzymskim. Hasło „abortion” to tylko aborcja w prawie hinduskim. Indeks zawiera odniesienia do wielu innych porządków prawnych. Oczywiście powyższa krytyka dotyczy nie tego, co opracowano; poziom artykułów jest bowiem bardzo wysoki. Piszą je uznane autorytety z danej dziedziny. Dotyczy głównie tego, czego brakuje, jak choćby w przypadku małżeństwa – „marriage” (t. 4, s. 152–155). Obszernie przedstawiono je w starożytnym prawie greckim, ale całkowicie zaniedbano w rzymskim (por. t. 6, s. 378).

Krytykę prowadzi się zazwyczaj z zajmowanych przez siebie pozycji. Warto wszelako ją czasem odwrócić i z perspektywy recenzowanego dzieła spojrzeć

na własną pracę. Jak tedy wyglądały przez pryzmat *Oksfordzkiej Międzynarodowej Encyklopedii Historii Prawa*? Przede wszystkim daje się odczuć to, że znajdujemy się na uboczu. Już choćby spośród naszych sąsiadów zza zachodniej granicy, wobec których tak wiele rościmy pretensji, liczni napisałi znaczące i obszernie artykuły. W większości nie dotyczyły bynajmniej szeroko rozumianej problematyki niemieckiej. Niektórzy pisali po niemiecku, co potem

wiedź europocentryzmem wydaje się zasadna. Trzeba gruntownie poznać własną historię prawa: Korony i Litwy, powszechną historię prawa Europy. To sprawa tożsamości, kultuwowania, a więc żywotności własnej tradycji prawnej. Pozostając w kręgu zachodniej cywilizacji prawnej, w ostatnich dziesięcioleciach wiele wysiłku wkładamy w poznanie *common law*. To praktycznie uzasadnione zwłaszcza procesami unifikacji prawa w Unii Europejskiej, na któ-



**Krytykę prowadzi się
zazwyczaj z zajmowanych
przez siebie pozycji.
Warto wszelako ją czasem
odwrócić i z perspektywy
recenzowanego dzieła spojrzeć
na własną pracę.**

tłumaczono na angielski. W encyklopedii nie ma natomiast biografii żadnego Polaka.

Trzeba oczywiście wziąć poprawkę na większe zainteresowanie encyklopedii Stanami Zjednoczonymi, *common law* i całym kręgiem prawa krajów anglojęzycznych. Jak jednak zawartość sześciu tomów ma się do naszych zainteresowań, kierunków podejmowanych badań czy treści nauczanych na studiach magisterskich lub doktoranckich? Odpo-

rej pewnych obszarach *common law* obowiązuje. W Polsce, wobec bezkrytycznego zapatrzenia w Stany Zjednoczone, koncentracja na prawie USA może przynieść oksfordzkiej encyklopedii sporą popularność. Czy nie warto jednak zainteresować się prawem chińskim? Może nie z takim oddaniem, jak Geoffrey MacCormack, ale rozważyć włączanie w nauczanie na I roku studiów prawniczych lub w ramach kursu prawa globalnego na studiach doktoran-

kich elementów chińskiej, ale też hinduskiej oraz islamskiej tradycji prawnej? Czy wystarczająco dbamy o literaturę dotyczącą prawa obcego? Jak rozwijamy studium prawa porównawczego? Czy otwieramy monograficzne wykłady o prawie z obszarów poza Europą i Stanami Zjednoczonymi? Pytanie, skąd wziąć specjalistów w tej dziedzinie, dotyczy już wyznaczania kierunków współpracy zagranicznej.

W kontekście tak rodzących się pytań prawdziwym błogosławieństwem jest żywa dyskusja nad stanem badań i osiągnięciami przedmiotów historycznych. Poddyktowała ją troska o tę dziedzinę wiedzy, a wnioski dotyczą przecież raczej przyszłości niż rozliczenia. I oto prof. Henryk Olszewski zauważył: „polem, nad jakim wypadałoby się głęboko pochylić, jest sama tematyka badań historycznoprawnych. Jeżeli przed chwilą wymieniałem ewidentne osiągnięcia prominentnych twórców, to wypada też stwierdzić zjawisko odwrotne, znacznie bardziej widoczne i brzemiennie w ujemne skutki, a mianowicie: tendencję do rozpraszania badań, częste preferowanie peryferyjnych i nie zawsze pilnych przedsięwzięć badawczych, brak prac integrujących zespoły ludzi wokół wielkich zagadnień, deficyt przeglądów i komentarzy naukowych”². Prof. Wacław Uruszczak zauważając „znaczny wzrost liczby publikacji na tema-

ty historycznoprawne”, przyznał: „Prawdą jest, że znaczna ich część nie przedstawia powalającej wartości poznawczej. Są jednak wśród nich prace wybitne”³. Dobrze, gdy to one wiodą prym i wyznaczają kierunki oraz standardy. Warto też się posiłkować wskazówkami z zewnątrz, a zagraniczne opracowanie encyklopedyczne, tak erudycyjne, jak przedstawiane, daje wiele światła.

Kolejne pytania, jakie rodzi literatura *Oksfordzkiej Międzynarodowej Encyklopedii Historii Prawa*, dotyczą już prawa rzymskiego. Niektóre z haseł o starożytnym prawie rzymskim słusznie podzielono na dwie części: dotyczącą prawa wcześniejszego i krótszą o prawie bizantyjskim. Tak zdecydowano się uczynić w przypadku artykułów: „contract” (t. 3, s. 181–192), „criminal law” (t. 3, s. 268–276), „delict” (t. 3, s. 320–326), „persons” (t. 4, s. 302–310), „property” (t. 4, s. 459–470), „public law” (t. 5, s. 8–14), „succession” (t. 5, s. 370–377). Stosunkowo sporo artykułów biograficznych przedstawia rzymskich jurystów: w sumie na 113 biografii samych tylko Rzymian dotyczy aż 11. Natomiast szczerze dziwi, że artykułów z zakresu antycznego prawa rzymskiego jest w encyklopedii tyle, ile z antycznego prawa greckiego. Prawda, że znacznie więcej niż każdego z nich zawarto w niej haseł o prawie rzymskim średniowiecznym i późniejszym.

To ciekawa wskazówka, gdyż bardzo mało zajmujemy się prawem średniowiecznym i późniejszym jako prawem rzymskim. Ostatnio właściwie tylko na Uniwersytecie Wrocławskim jest po temu tradycja⁴. Stosunkowo niewiele uwagi poświęcamy dziełu glosatorów, komentatorów, prawu powszechnemu. Powszechna historia prawa uważa to za tylko jeden z obszarów swych zainteresowań. Romaniści zaś muszą być wręcz przekonywani, aby nie wyłączać z badań i dydaktyki tzw. drugiego życia prawa rzymskiego w nowożytnej Europie⁵. A przecież poszerzenie o nie kąta widzenia rzutuje na stosunek do jego dziejów antycznych. Natomiast encyklopedia, wyraźnie rozgraniczając obszary badawcze pośród wyodrębnionych ośmiu na: osobno antyczne prawo rzymskie, osobno średniowieczne i późniejsze, podważa sens zarzutu anachronizmu jako mierzenia przeszłości miarą współczesną. Zawsze natomiast rezygnacja z ograniczenia prawa rzymskiego do starożytności pozwala ukazać modyfikacje, jakich doznało podczas swego drugiego życia, a przede wszystkim z osiągnięciami prawnego geniuszu Rzymian porównywać rozwiązania, do jakich dochodzono nawet z zupełnie innej niż rzymska inspiracji⁶.

2 H. Olszewski, *Uwagi o stanie nauk historycznoprawnych*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 4, s. 12.

3 W. Uruszczak, *A propos „Uwag o stanie nauk historycznoprawnych”*, s. 5, opublikowane: <http://www.law.uj.edu.pl/~khpp/site/images/adm/Image/Uruszczak%20Uwagi%20o%20stanie%20nauk.pdf> (dostęp: 26 VII 2010).

4 Por. ostatnio R. Wojciechowski, *Arbitraż w doktrynie prawnej średniowiecza*, Wrocław 2010.

5 T. Giaro, *Kilka żywotów prawa rzymskiego zakończonych jego kodyfikacją*, (w:) *Prawo rzymskie a kultura prawna Europy*, A. Dębiński, M. Jońca (red.), Lublin 2008, s. 16–27.

6 Por. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier, dz. cyt., s. 20.

Skoro w encyklopedii więcej miejsca poświęcono prawu rzymskiemu w średniowieczu i później niż w antyku, nieco przewrotnie można by zauważyć, iż na tę wiedzę musi być większe zapotrzebowanie. Tak jest z pewnością w naszym kraju, gdzie prawo do epoki Justyniana jest stosunkowo dobrze opracowane. Przewaga rzymskiego prawa średniowiecznego i późniejszego w międzynarodowej encyklopedii może oznaczać, że uprawianie samego prawa antycznego jest mało obiecujące. Przynajmniej światową tendencją wydaje się badanie i pokazywanie prawa rzymskiego w perspektywie jego drugiego życia i współczesnego znaczenia.

Starożytne prawo rzymskie zostało w encyklopedii postawione właściwie na równi z antycznym prawem greckim. Być może starano się zadbać o zachowanie jakiejś równowagi, ale czy tędy droga? Przecież gdy za podstawę oceny brać wagę zagadnień, trudno uznać, że utrzymano proporcje. Niepodobna porównywać znaczenia dla potomności starożytnego prawa greckiego z rolą odegraną przez prawo rzymskie. Widać to choćby w prawie współczesnej Grecji. Stawianie na równi daje zwłaszcza do myślenia, gdy porówna się rodzaje haseł. W prawie rzymskim wiele obszernych artykułów ma charakter ściśle historyczny. Dotyczą zagadnień, które nawet w zorientowanym na antyk kursie prawa rzymskiego omawia się stosunkowo pobieżnie lub tylko wzmiankuje: „*formula*” (t. 3, s. 93–97), „*legis actiones*” (t. 4, s. 81–84). Za najważniejsze

ustawy uznano „*lex Irnitiana*” oraz ustawę XII tablic, bo tylko im poświęcono osobne artykuły. Wybór autorów encyklopedii co do haseł z prawa rzymskiego wydaje się wskazywać, że preferowane jest podejście czysto historyczne. Nie musi to dziwić, skoro prezentuje je dzieło poświęcone dziejom prawa w ogóle. I właśnie jako część historii prawa – jedną z jej epok w danym kręgu cywilizacyjnym – traktuje się prawo rzymskie: na równi z prawem greckim jako epoką wcześniejszą. Jej zaś dotyczą hasła, które zdają się malować chyba pełniejszy obraz. Powstaje wrażenie, że badacze prawa greckiego mieli większą siłę przebicia.

Wychowałem się w środowisku naukowym, gdzie prawo rzymskie traktowano jako część historii prawa. Nie przyjmowałem tego za oczywiste, uważając się najpierw za prawnika i żywiąc przekonanie, że studium prawa rzymskiego daje szansę niezależnego myślenia o prawie, w szczególności o prawie prywatnym. Pozwala w gruncie rzeczy zajmować się prawem współczesnym, a więc tym, co najciekawsze: współczesnymi zagadnieniami, dla których wielowiekowa tradycja prawa rzymskiego stwarza perspektywę i historyczną, i dogmatyczną, i prawnoporównawczą. Problem to oczywiście zawsze szerszy, czy historią danej gałęzi nauki muszą się parć jej reprezentanci. Dotyczy to zarówno dziejów prawa, jak i medycyny, chemii, biologii, fizyki, techniki, czy nauki w ogóle. Nadto tradycyjne dzieje danych dziedzin to często po prostu wewnętrzne historie,

skupiające się na rozwoju idei i instytucji bezpośrednio związanych z danymi zawodami. W wielu narodowych tradycjach dziejów prawa to wciąż styl dominujący. Przechodzi się jednak czasami, jak w Stanach Zjednoczonych w ostatnim półwieczu, do zewnętrznej historii prawa, traktującej je jako wynik społecznych, gospodarczych, intelektualnych i politycznych zmian, a nie jako proces autonomiczny (t. 1, s. xxi–xxii). Wymaga to od badacza pełnej kwalifikacji nie tylko w danej dziedzinie, ale i w zakresie historii – jak mówimy: bezprzymiotnikowej. Nadto w tychże Stanach Zjednoczonych prawem rzymskim znacznie bardziej od prawników zainteresowani są miłośnicy antyku: już to historycy, już to filologowie czy archeolodzy. W całym tym kontekście nieco inaczej jawi się pytanie, czy prawo rzymskie stanowi rzeczywiście tylko jeden z działów historii prawa. Dotąd wydawało się, że ze względu na wiele podobieństw, w uniwersyteckim nauczaniu właśnie historycy prawa są naturalnymi sprzymierzeńcami romanistów. Zawsze wszelako istniały bardziej lub mniej ukryta konkurencja i współzawodnictwo, pacyfikowane rozgraniczaniem pól badawczych, a przede wszystkim niwy dydaktycznej. Encyklopedia zakładająca globalne spojrzenie na dzieje prawa wydaje się raczej prawo rzymskie marginalizować – jak wspomniano: spychaniem do omawiania kwestii czysto historycznych, traktując jak jedną z wielu epok i zrównując z antycznym prawem greckim. Być może więc godzina prawdy, jaką przynosi *Oksfordzka Międzynarodowa*

Encyklopedia Historii Prawa, każe prawu rzymskiemu szukać innych strategicznych sprzymierzeńców, podzielać zainteresowania badawcze?

Związki z prawem porównawczym właściwie stały się już tradycją. Po pierwsze, ze względu na równoległe problemy i podobną misję akademicką, przy całej odmienności: wyjątkowej młodości tej dziedziny i z zastrzeżeniem, że prawo porównawcze jest właściwie metodą. Nie brak

ordynowania prawa porównawczego z perspektywą, jaką niosą rzymskie doświadczenia. Zresztą samo prawo rzymskie: i antyczne, i to w późniejszym rozwoju, traktowano jako *tertium comparationis* na długo przed tym, jak prawo porównawcze wyodrębniło się w początkach ubiegłego stulecia. Romaniści odgrywali w nim nieraz ważną rolę. Ostatnio szczególnie owocne okazało się dzieło dwóch wybitnych profesorów prawa rzymskiego.

Wybór autorów encyklopedii co do haseł z prawa rzymskiego wydaje się wskazywać, że preferowane jest podejście czysto historyczne.

tu oczywiście i ostrej konkurencji, jak pokazały Włochy. O wpływy i objęcie wykładów na temat fundamentów praw europejskiego ubiegają się tam w poszczególnych uczelniach już to romaniści, już to komparatyści. Wydaje się wszelako, że źle rozumiane pole konfliktu powstaje właśnie z uwagi na wielość wspólnych zainteresowań. A znacznie więcej korzyści wynika z łączenia i ko-

się w prawie porównawczym prawem rzymskim, aby „uchylić zasłony nad korzeniami współczesnych trudności”¹⁰. W świecie romanistycznym ten ostatni stał się wyjątkowo ważnym punktem odniesienia. Nie ma co ukrywać, że wobec jego dzieła każdy musi zająć stanowisko. Prócz sporej grupy uczniów i szczerych wyznawców oraz wielu zaprzysięgłych przeciwników, nawet ci, co świadomie starają się stawać nieco z boku, przyznają, iż bardzo ożywił współczesną naukę prawa rzymskiego. Uczynił ją uczestnikiem pogłębionej prawniczej debaty i nadał jej rangę, o której świadczy także jego osobista pozycja zawodowa. Czy jesteśmy tedy skazani na alians z prawem porównawczym i powinniśmy się intensywnie przekwalifikowywać? Z pewnością nie sposób tej perspektywy pominąć bez zagrożenia własną marginalizacją. Rzeczywista współpraca rodzi zaś wyzwania, skłaniające do rozwoju zainteresowań i poszerzania horyzontów.

Jeśli prawo rzymskie to historia o prawie i nieustanne pytania o zrozumienie jego wartości i zasad, prawideł i regularności działania w ludzkich społecznościach, naturalnymi partnerami są teoretycy, choć najpierw trzeba się przebić przez hermetyczność ich języka. Łączy nie tylko fakt, że i oni poważnie się zastanawiają

Najpierw Alan Watson⁸ sformułował klasyczną już dziś w prawie porównawczym teorię transplamtów⁹. Potem Reinhard Zimmermann zaproponował posłużenie

8 W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, 43 AJCL 489–510 (1995).

9 M. Graziadei, *Comparative Law and the Study of Transplants and Receptions* (w:) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (red.), Oxford 2006, s. 442; J. Fedtke, *Legal transplants* (w:) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, UK – Northampton, MA 2006, s. 437.

7 K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, wyd. 3, przeł. T. Weir, Oxford 1998, s. 28–29.

10 P. Pichonnaz, *Reinhard Zimmermann's Contribution to Contemporary Roman Law* (w:) *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, A. Vaquer (red.), Groningen 2008, s. 28.

nad miejscem materii swego zainteresowania w nauczaniu uniwersyteckim na wydziałach prawa¹¹. Zamiłowanie do łacińskiej terminologii prawniczej z pewnością łączy romanistów i prawoznawców¹². Wiele daje korelacja równoległe przecież zwykle biegnących w uniwersytetach kursów logiki, prawoznawstwa i filozofii prawa z różnymi wykładami z zakresu prawa rzymskiego.

Jeśli prawo rzymskie to historia o prawie, które trwa we

współczesnych regulacjach i stanowi o tożsamości naszej kultury prawnej, sprzymierzeńcami romanistów są również cywiliści. Prawo rzymskie i europejska tradycja prawa prywatnego dają wyjątkową szansę spojrzenia na rozwiązania prawa cywilnego w perspektywie historycznej i prawnoporównawczej. Dobrze, jeśli w dobie załamującego się pozytywizmu prawnego i dekodyfikacji zostanie to na czas zauważone. Dzięki historii rozwoju różnych instytucji i rozwiązań prawnych porównanie zyskuje dodatkowy wymiar – czasowy. Doświadczenie prawa rzymskiego przy właściwie postawionych pytaniach może okazywać się

wyjątkowo przydatne w dyskusjach *de lege ferenda*, zwłaszcza unifikacyjnych.

Encyklopedii nie przygotowuje się po to, by ją czytać, lecz by z niej korzystać i zasięgać konsultacji. Tak tedy raczej się ją czytuje. Trzeba czynić to ostrożnie w przypadku *Oksfordzkiej Międzynarodowej Encyklopedii Historii Prawa*, gdyż jej lektura wciąga. W miarę zagłębiania się dzieło jest bardziej interesujące, wydaje się lepiej przygotowane, pogłębione i użyteczne. A jeśli przy okazji pozwala sobie uświadomić, że stoi się nieco poza głównym nurtem, to przy wykorzystaniu wysokich aspiracji, działa prawdziwie inspirująco.

¹¹ J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008.

¹² J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Kraków 2003; *Łacińska terminologia prawnicza*, J. Zajadło (red.), Warszawa 2009.

Adam Szafrąński

Czy tylko wspólnota interesu?

**Recenzja książki Artura Nowaka-Fara *Konstytucja gospodarcza Unii Europejskiej. Aksjologia*,
Warszawa 2010**



**Adam
Szafrąński**

Adiunkt w Zakładzie Administracyjnego Prawa Gospodarczego i Bankowego WPIA UW, były kierownik Szkoły Prawa Niemieckiego przy WPIA UW, były Prezes Urzędu Regulacji Energetyki. Obecnie Naczelnik Wydziału Analiz Legislacyjnych Biura Analiz Sejmowych. Autor publikacji z zakres publicznego prawa gospodarczego.

Artur Nowak-Far, redagując książkę poświęconą aksjologii prawa gospodarczego Unii Europejskiej, podjął się trudnego zadania, zarazem odpowiadającego oczekiwaniom nauki prawa z dziedziny prawa gospodarczego. Nazbyt często prawnicy stosujący prawo, także ci, którzy próbują za pomocą naukowych metod badawczych je opisać, odlegli są od refleksji poświęconej wartościom, jakie prawo realizuje lub powinno realizować. Brak namysłu nad aksjologią prawa gospodarczego sprawia, że jego wykładnia jest albo przypadkowa albo też podyktowana doraźną potrzebą. Autorzy recenzowanej pracy zaryzykowali zatem dużo, gdyż zdecydowali się na poszukiwanie odpowiedzi sięgającej dalej niż horyzont prac przyczynkarskich; zarazem poddali się krytyce, która może być oparta na argumentach aksjologicznych.

Na wstępie należy wskazać, że pozycja na prawniczym rynku

jest o tyle wyjątkowa, że odwołuje się do metod opisu rzeczywistości nie tylko prawnych, ale także ekonomicznych. Nowak-Far stanął więc przed trudnym zadaniem, mając wszelkie właściwe narzędzia do przeprowadzenia analizy obecnego stanu prawa Unii Europejskiej.

Jako kluczowy dla zrozumienia modelu gospodarki Unii Europejskiej Artur Nowak-Far wskazuje tzw. Raport Delorsa, który, jego zdaniem, stał się podstawą filozofii Traktatów Rzymskich, począwszy od zmian z Maastricht, kończąc na tych z Lizbony. Polityka gospodarcza Unii Europejskiej jest więc, zdaniem Nowaka-Fara, oparta na „dwu komponentach: unii walutowej z jej jednolitą polityką pieniężną nastawioną w pierwszej kolejności na realizację zasady stabilności cenowej oraz unii ekonomicznej, której cele są już realizowane w ramach skoordynowanych lub co najwyżej zharmonizowanych. W takim

ujęciu obie polityki mają ostatecznie na względzie także realizację innych celów gospodarczych Wspólnoty, stanowiących w zasadzie opis europejskiego modelu dobrobytu i podstawowych ścieżek jego osiągnięcia i utrwalania¹.

Unia walutowa i unia ekonomiczna, choć stanowią wyraz zbliżenia gospodarczego, mają też ścisły związek z polityką w szerszym sensie niż tylko gospodarczym. Dlatego też system gospodarczy Unii Europejskiej jest, zdaniem Nowaka-Fara, bliski założeniom ordoliberalizmu. Cechą tej koncepcji jest właśnie to, że ściśle łączy ona kwestie gospodarcze z politycznymi i społecznymi. Jej cele nie ograniczają się tylko do zapewnienia efektywności gospodarczej. Zdaniem Nowaka-Fara podstawowym celem polityki gospodarczej Unii Europejskiej jest model dobrobytu, nazywany przez niego arkadyjskim. W modelu tym rynek wewnętrzny, model koordynacyjnego zarządzania gospodarczego, model trwałego, ale nieinflacyjnego wzrostu, model konkurencji działającej w ramach gospodarki otwartej, model efektywnej alokacji zasobów są wartościami instrumentalnymi. „Realizują bowiem swowolę, europejski model dobrobytu (który, z uwagi na swoją wszechstronność oraz bardzo wysokie aspiracje, można wręcz nazwać modelem arkadyjskim) – ogólnie wyrażony w regulacji art. 2 (i nowego art. 2 TUE) oraz 98 TWE

(czyli art. 120 TFUE)”. Ów model dobrobytu ma być właśnie wartością nadrzędną, której pozostałe są podporządkowane.

Warto też zwrócić uwagę na to, że model gospodarczy unii walutowej i unii ekonomicznej został zarysowany w recenzowanej książce na tle przemian cywilizacyjnych związanych z globalizacją. Z procesem tym nieuchronnie wiąże się bowiem zmiana charakteru suwerenności państw w całym świecie, nie tylko w Eu-

nie tylko opis doktryn ekonomicznych oraz celów, jakim ma, według nich, służyć prawo ochrony konkurencji, ale także ukazuje przejrzysty obraz przemian historycznych celów polityki konkurencji w Stanach Zjednoczonych i w Unii Europejskiej. Można nie popadając w przesadę stwierdzić, że ten rozdział książki jest lekturą obowiązkową dla prawników interesujących się prawem ochrony konkurencji. Mogą bowiem sobie uświadomić swoją służebną

Zdaniem Nowaka-Fara podstawowym celem polityki gospodarczej Unii Europejskiej jest model dobrobytu, nazywany przez niego arkadyjskim.

ropie – są one w coraz mniejszym stopniu wspólnotami zupełnymi, niezależnymi od siebie autarkiami, stając się ekonomicznie i politycznie powiązanymi graczami, których proces koordynacji działań dla dobra wszystkich jest niezbędny.

Niezwykle interesujący fragment recenzowanej pracy został poświęcony aksjologicznym ramom unijnego prawa konkurencji. Ten rozdział książki, autorstwa Katarzyny Czaprackiej, stanowi

rolę wobec obecnie realizowanej doktryny ekonomicznej, wzbogacając światopogląd o znajomość elementarnych zagadnień ekonomicznych.

Na tle rozważań poświęconych polityce konkurencji należy zgłosić pewną krytyczną uwagę, związaną z brakiem odniesień w recenzowanej pracy do prawa pomocy publicznej. W tej sferze, *par excellence* politycznej, aksjologia odgrywa ważną rolę. Polityka Unii Europejskiej w sprawach pomocy publicznej stanowi współcześnie w istotny sposób o granicach su-

¹ A. Nowak-Far (w.): A. Nowak-Far (red.), *Konstytucja gospodarcza Unii Europejskiej. Aksjologia*, Warszawa 2010, s. 13.

² Tamże, s. 28.

werenności państw członkowskich. Szkoda, że w książce nie zmieścił się rozdział poświęcony tej problematyce.

Tytuł monografii *Konstytucja gospodarcza Unii Europejskiej. Aksjologia* wprawdzie sugeruje jedynie opis pozbawiony ocen wartościujących, niemniej jednak pozostaje żal, że Autorzy unikali krytycznej analizy aksjologicznej. Dla przykładu, tam, gdzie w książce mowa jest o Unii Europejskiej jako tworze międzynarodowym odpowiadającym tendencjom globalizacyjnym, można było

podjąć próbę oceny, czy rzeczywistość instytucje i polityki Unii Europejskiej w pełni odpowiada wyzwaniom współczesności. Jest to być może ocena wymagająca analiz politologicznych, ale przecież opartych na analizie prawa europejskiego, których nie sposób przeprowadzić bez wiedzy z zakresu ekonomii. Podobnie ma się rzecz z brakiem oceny wartości nadrzędnej, czyli arkadyjskiego modelu dobrobytu. Z pełną ostrością jawi się pytanie, czy na obecnym etapie integracji europejskiej wspólnota politycz-

na, którą tworzą państwa od Atlantyku do Morza Czarnego, może orientować się wobec takiego właśnie celu; krótko mówiąc, czy Unia Europejska ma być jedynie wspólnotą interesu?

Ten niedosyt sprawia jednak, że recenzowana praca jest inspirowana intelektualnie – w oparciu o nią można przeprowadzić wiele dyskusji seminaryjnych, tym samym stanowi więc istotny wkład w dyskurs poświęcony aksjologii prawa gospodarczego w Unii Europejskiej. Takich głosów jest niewiele, dlatego też należy je cenić.

Przegląd orzecznictwa – prawo konstytucyjne

Wyrok z 16 marca 2010 r. (sygn. akt K 24/o8)

Wyrok z 16 marca 2010 r., wbrew wyraźnie wyartykułowanej intencji Trybunału Konstytucyjnego, stanowi kolejną wypowiedź poświęconą sposobowi finansowania mediów publicznych w Polsce². Badanie przez Trybunał tych przepisów ustawy o opłatach abonamentowych³ (dalej: u.o.a.), które bezpośrednio dotyczą kontroli wykonywania obowiązku rejestracji odbiorników RTV, egzekucji opłat abonamentowych oraz wiążących się z tym sankcji, a także zawarcie w wyroku wypowiedzi na temat prawnego charakteru opłat abonamentowych, nie pozostawiają w tym zakresie żadnych wątpliwości. Przedmiotowy wyrok stanowi zatem ważną pozycję poświęconą jednemu z cię-

żarów publicznych, do którego ponoszenia zobowiązanych jest – wedle danych przedstawionych przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji – kilkanaście milionów gospodarstw domowych.

W tezie wyroku Trybunał stwierdził, iż artykuły 7 ust. 3 i 6 u.o.a. są zgodne z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i nie są niezgodne z art. 1 oraz z art. 84 w związku z art. 217 Konstytucji. Ponadto TK orzekł, że artykuły 7 ust. 1 i 5 też ustawy nie są niezgodne z art. 1, art. 2 oraz z art. 84 w związku z art. 217 Konstytucji.

W pierwszej kolejności Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na charakter opłaty abonamentowej przypominając, iż stanowi ona „przymusowe, bezzwrotne świadczenie publicznoprawne, służące realizacji konstytucyjnych zadań państwa”. Trybunał stwierdzając w ten sposób doniosłość materii dotyczącej opłat abonamentowych, musiał rozważyć, czy sposób jej uregulowania spełnia kryteria konstytucyjności.

Trybunał Konstytucyjny zważył, że zasada demokratyczne-

go państwa prawnego nakłada na ustawodawcę obowiązek zapewnienia wykonalności każdej normy prawnej znajdującej się w systemie prawnym⁴. Słusznie zatem Trybunał podkreślił jeden z aspektów wymogu poprawnej legislacji, który wywieść można z art. 2 Konstytucji. W wyroku zwrócono także uwagę na inne elementy zasady państwa prawnego, takie jak obowiązek powierzania zadań publicznych tym instytucjom, które są w stanie prawidłowo je zrealizować, czy też na konieczność zapewnienia nadzoru nad takimi organami⁵.

Należy zauważyć, że problem wykonalności przepisów u.o.a.

1 OTK z 2010 r., Nr 3A, poz. 22.

2 Por.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 9 września 2004 r., sygn.: K 2/03, OTK ZU z 2004 r., Nr 8A, poz. 83.

3 Ustawa z 21 kwietnia 2005 r. o opłatach abonamentowych (Dz.U. z 2005 r., Nr 85, poz. 728 ze zm.).

4 W wyroku z 10 grudnia 2002 r., sygn.: P. 6/02, OTK ZU z 2002 r., Nr 7A, poz. 91. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „dla obowiązywania normy prawnej nie wystarczy niewątpliwie poprawność konstytucyjna jej merytorycznej treści, ale i także forma, w jakiej dochodzi się do tej treści, i istnienie stosownych zabezpieczeń dla zgodnego z celem normy prawnej zabezpieczenia jej wykonania”.

5 Por.: wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., sygn.: K 14/03, OTK ZU z 2004 r., Nr 1A, poz. 1.

jest nierozzerwalnie związany z niezbyt czytelnym sposobem odesłania do przepisów egzekucyjnych. Zgodnie z art. 7 ust. 3 u.o.a., do opłat abonamentowych oraz do opłaty za używanie niezarejestrowanego odbiornika RTV stosuje się przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji w zakresie egzekucji obowiązków o charakterze pieniężnym. Stosownie do art. 2 ust. 3 przedmiotowej ustawy obowiązek taki powstaje z mocy prawa. Problem powstaje dopiero na gruncie przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (dalej: u.egz.adm.), który wskazuje, że egzekucję administracyjną stosuje się do obowiązków o charakterze pieniężnym, gdy wynikają one z decyzji lub postanowień właściwych organów, albo – w zakresie administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego – bezpośrednio z przepisu prawa, chyba że przepis szczególnie zastrzega dla tych obowiązków tryb egzekucji sądowej.

W ocenie Trybunału okoliczność, iż zapłata należności z tytułu opłaty abonamentowej pozostaje poza zakresem administracji rządowej, nie stanowi przeszkody do zastosowania do niej przepisów u.egz.adm., i to bez konieczności wydawania w tym przedmiocie decyzji administracyjnej. Zdaniem TK norma zawarta we wspomnianym wyżej art. 3 ust. 1 u.egz.adm. stanowi *lex generalis* w stosunku do przepisów u.o.a., a zatem ograniczenia w tym zakresie wprowadzone przez przepisy ustawy egzekucyjnej zostają wyłączone.

Powyższy pogląd został zakwestionowany w zdaniu odrębnym zgłoszonym przez sędzię Teresę Liszcz, zdaniem której art. 7 ust. 3 u.o.a. nie stanowi *lex specialis* wobec u.egz.adm., ponieważ „nie dotyczy on w żadnym stopniu podstaw prowadzenia egzekucji”, a jedynie „przekazuje wymienione w nim należności pieniężne do egzekucji administracyjnej”. Trybunał Konstytucyjny zwrócił jednakże uwagę, że stanowisko nieuznające stosunku ogólności i szczególności norm zawartych w u.o.a. i u.egz.adm. „prowadziłoby do zaprzeczenia racjonalizmu ustawodawcy, stanowiącego fundamentalne założenie systemu prawnego”. Z drugiej jednak strony, trzeba pamiętać, że już nieraz ustawodawca swoimi działaniami przełamywał „domniemanie racjonalności” i w związku z tym powyższy argument Trybunału może okazać się niewystarczającą podstawą stwierdzenia zgodności badanych przepisów z art. 2 Konstytucji.

Kolejny problem, na który zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny, związany jest z wyborem instytucji, która ma być odpowiedzialna za kontrolę wykonywania obowiązku rejestracji odbiorników RTV oraz obowiązku uiszczenia opłaty abonamentowej. Zgodnie z ustawą będącą przedmiotem badania Trybunału instytucją taką jest Poczta Polska. Trybunał przywołując funkcjonujące w praktyce instytucje partnerstwa publiczno-prywatnego czy też zlecania funkcji administracyjnych podmiotom niepaństwowym, nie zgłosił zastrzeżeń

co do samej możliwości wyboru przez ustawodawcę tej instytucji. Trybunał zwrócił jednak uwagę na ograniczoną efektywność kontroli rejestracji odbiorników RTV dokonywaną przez pracowników Poczty Polskiej, którzy nie mają uprawnień do wkraczania na teren gospodarstw domowych.

Ostatnią kwestią, na którą warto zwrócić uwagę przy analizie przedmiotowego wyroku TK, jest sposób unormowania egzekucji opłaty za używanie niezarejestrowanego odbiornika RTV. Zgodnie z art. 7 ust. 6 u.o.a., w przypadku stwierdzenia używania niezarejestrowanego odbiornika radiofonicznego lub telewizyjnego kierownik jednostki operatora publicznego przeprowadzający kontrolę wydaje decyzję, w której nakazuje rejestrację odbiornika oraz ustala opłatę za używanie niezarejestrowanego odbiornika radiofonicznego lub telewizyjnego. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego okoliczność, że w ustawie nie został określony termin uiszczenia takiej opłaty, nie stoi na przeszkodzie wszczęciu egzekucji takiej opłaty. Zdaniem Trybunału określenie tego terminu jest bowiem możliwe w oparciu o przepis art. 47 § 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa⁶.

Przedmiotowy wyrok Trybunału Konstytucyjnego może wywoływać pewne kontrowersje, zwłaszcza w zakresie tych fragmentów, które dotyczą egzekucji opłaty abonamentowej. Wykładnia dokonana przez TK opiera się

6 Dz.U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.

tu na założeniu, że ustawodawca racjonalnie rozmieścił uregulowania dotyczące egzekucji opłat abonentowych w trzech różnych ustawach (Ordynacji podatkowej, u.egz.adm. i u.o.a.), a konieczność dokonania skomplikowanej rekonstrukcji norm prawnych w oparciu o przepisy nieznajdujące się w jednym akcie prawnym nie wpływa na zgodność takiego rozwiązania z wynikającym z art. 2 Konstytucji postulatem poprawnej legislacji.

Uchwała z 5 lutego 2010 r.⁷ (sygn. akt III CZP 130/09)

Uchwała Sądu Najwyższego z 5 lutego 2010 r. (III CZP 130/09) stanowi uzupełnienie dorobku orzecznictwa poświęconego zagadnieniu ochrony praw lokatorów, a w szczególności tych wypowiedzi Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego, które wiążą się z kwestią podwyżek wysokości czynszu i innych opłat za używanie lokalu. W wyroku z 17 maja 2006 r. (K. 33/2005⁸) Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na doniosłość tej problematyki, przy okazji podnosząc szczególnie nieudolność ustawodawcy przy pracach nad przepisami mającymi regulować podwyżki czynszów. Wypowiedź ta pozostaje nadal aktualna, ponieważ mimo zmiany ustawy z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego⁹ (dalej: u.o.p.l.), dokonanej

na skutek interwencji Trybunału Konstytucyjnego, w ustawie nadal znajdują się luki wpływające na poziom ochrony stron stosunku najmu lokali mieszkalnych.

W tezie przedmiotowej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził, że kalkulacja podwyżki czynszu powinna zawierać wskazanie sposobu obliczenia tego z jego składników, który stanowi podstawę wypowiedzenia dotychczasowej wysokości czynszu. Uchwała SN dotyczy zatem wykładni treści art. 8a ust. 4 u.o.p.l. Zgodnie z tym przepisem, na pisemne żądanie lokatora właściciela, w terminie 14 dni od dnia otrzymania tego żądania, pod rygorem nieważności podwyżki, w wyniku której wysokość czynszu albo innych opłat za używanie lokalu w skali roku przekroczy albo następuje z poziomu wyższego niż 3% wartości odtworzeniowej lokalu¹⁰, zobowiązany jest przedstawić lokatorowi na piśmie przyczynę podwyżki i jej kalkulację.

Sąd Najwyższy słusznie zważył, że regulacja wprowadzona przez art. 8a ust. 4 u.o.p.l. ma na celu ochronę praw wynajmujących oraz lokatorów. Pierwszym pozwala ustalić adekwatną wysokość pożytków cywilnych z przedmiotu najmu, drugim umożliwia ocenę zasadności wprowadzanej podwyżki czynszu albo innych opłat za używanie lokalu. Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na to, że ww. przepis ma w istocie na celu zapobieżenie sytuacji, w której lokator wytoczy przeciwko wynaj-

mującemu powództwo o ustalenie, że podwyżka jest niezasadna albo jest zasadna, lecz w innej wysokości. Zgodnie bowiem z art. 8a ust. 4a u.o.p.l. za uzasadnioną uznaje się podwyżkę czynszu i innych opłat za używanie lokalu prowadzącą do osiągnięcia poziomu zapewniającego właścicielowi lokalu pokrycie wydatków związanych z utrzymaniem lokalu, jak również zapewniającą zwrot kapitału na poziomie wskazanym w ust. 4b pkt 1 lit. a i b oraz godziwy zysk. Ustawodawca w art. 8a ust. 4e wprowadził jednocześnie domniemanie zasadności podwyżki nieprzekraczającej w danym roku kalendarzowym średniorocznego wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w poprzednim roku kalendarzowym. Lokator, który uważa, że podwyżka czynszu i innych opłat za używanie lokalu nie spełnia wskazanych wyżej przesłanek zasadności i który wytoczył w tej sprawie powództwo w trybie art. 189 k.p.c., do dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu kończącego postępowanie w sprawie obowiązany jest uiszczać czynsz albo inne opłaty za używanie lokalu w dotychczasowej wysokości. Podwyżka czynszu lub opłat zostaje wobec tego zawieszona¹¹.

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że dokonanie prawidłowej kalku-

11 W wypadku ustalenia przez sąd, że podwyżka była zasadna, lokator będzie zobowiązany zapłacić kwotę odpowiadającą różnicy między podwyższonym a dotychczasowym czynszem albo innymi opłatami za używanie lokalu – za okres od upływu terminu wypowiedzenia (art. 8a ust. 6b u.o.p.l.).

7 Źródło: strona internetowa Sądu Najwyższego.

8 OTK ZU z 2006 r., Nr 5A, poz. 57.

9 Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., Nr 31, poz. 266.

10 Przesłanki dopuszczalności takiej podwyżki określone zostały w art. 8a ust. 4a i art. 8a ust. 4e ustawy.

lacji służy interesom właściciela lokalu, który będzie mieć dzięki temu większy wpływ na decyzję lokatora o wejściu na drogę sądową. Lokator może zatem wystąpić do właściciela lokalu o przedstawienie na piśmie przyczyn podwyżki i jej kalkulacji, a na właścicielu lokalu ciążyć będzie ciężar udowodnienia zasadności podwyżki (por. art. 8a ust. 5 pkt 2 *in fine*). Możliwości dowodowe właściciela oraz ocenę zasadności podwyżki przez lokatora ogranicza jednak treść przepisu art. 8a ust. 4 w zakresie, w jakim nie precyzuje pojęcia „kalkulacja”. Sąd Najwyższy stwierdził, że językowa interpretacja tego pojęcia nie jest wystarczająca, jak się wydaje, z uwagi na słownikową wieloznaczność tego terminu. Wykładnia systemowa, w której SN sięgnął do innych gałęzi prawa¹², także nie dostarczyła odpowiednich wskazówek interpretacyjnych.

Artykuły 8a ust. 4a i 4b u.o.p.l. precyzują granice, w jakich właściciel lokalu może dokonywać podwyżek czynszu i innych opłat za używanie lokalu. W ocenie Sądu Najwyższego przepisy te traktować można jak „wskazówkę natury systemowej, że kalkulacja

czynszu powinna obejmować informacje o poziomie przychodów z czynszów w stosunku do pokrycia wydatków związanych z lokalem z uwzględnieniem składnika godziwego zysku”.

Sąd Najwyższy słusznie przyjął zatem, że kalkulacja powinna wiązać się z ustawowymi warunkami zasadności podwyżki, a także ze wskazanymi w omawianych przepisach wskaźnikami limitującymi jej wysokość. W wypowiedzeniu dotychczasowych warunków najmu powinno się ponadto znaleźć dokładne określenie wysokości czynszu¹³.

Odnosząc się do stopnia szczegółowości kalkulacji, Sąd Najwyższy stwierdził, że przygotowanie profesjonalnej analizy „składników” podwyżki byłoby zbyt kosztowne dla właścicieli lokali. W ocenie Sądu Najwyższego „sformalizowanie omawianego pojęcia groziłoby także koncentrowaniem się procesu na kwestii ubocznej, tj. dążeniu lokatora do wykazania nieważności podwyżki, ze względu na wady kalkulacji, zamiast skupienia uwagi na głównym nurcie sprawy o ustalenie, że podwyżka jest nieuzasadniona, albo że jest zasadna, lecz w innej wysokości”.

Przyjmując argumenty Sądu Najwyższego, należy stwierdzić, że przez kalkulację w rozumieniu art. 8a ust. 4 u.o.p.l. należy rozumieć „wskazanie sposobu wyliczenia podwyższonego czynszu”, przy czym w sytuacji, w której „podwyżka nie obejmuje niektórych składników czynszu, np. kosztów utrzymania lokalu, lub zwrotu kapitału, to ich «kalkulowanie» nie jest wymagane; kalkulacja ma wtedy zawierać wskazanie sposobu wyliczenia poziomu godziwego zysku”.

Przedmiotowa uchwała Sądu Najwyższego ma duże znaczenie praktyczne. Akceptacja wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy pozwoli bowiem ograniczyć potrzebę lokatorów zaskarżania podwyżek czynszu i innych opłat za używanie lokalu. Nie będą zatem na drogę sądową kierowane te sprawy, w których lokatorzy będą w stanie ocenić, czy zasadna była podwyżka poszczególnych składników czynszu, a co za tym idzie – całości czynszu. W omawianej uchwale Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na niedoskonałości legislacyjne w systemie ochrony praw lokatorów, co może stanowić dogodny punkt odniesienia dla ustawodawcy przy pracach nad ulepszeniem tej ochrony.

12 Między innymi do prawa energetycznego i prawa telekomunikacyjnego.

13 W odniesieniu do całego lokalu lub 1 m² powierzchni lokalu.

Przegląd orzecznictwa – prawo karne

Postanowienie SN z 25 marca 2010 r. (I KZP 37/09)

Przepis art. 180a ust. 1 pkt 2 ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800 ze zm.) nakłada na operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawców ogólnie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązek udostępniania, to jest wyszukiwania, tworzenia stosownych zestawień i przesyłania za pomocą sieci telekomunikacyjnej uprawnionym podmiotom, w tym sądowi i prokuratorowi danych, o których mowa w art. 180c ust. 1 ustawy. Tak rozumiane koszty udostępniania tych danych obciążają operatora lub dostawcę i nie mogą wchodzić w skład kosztów sądowych, a zatem nie stanowią wydatków, o których mowa w art. 618 k.p.k.

Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały co do zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia

w Krakowie, związanego z nowelizacją ustawy Prawo telekomunikacyjne, obowiązującą po 5 lipca 2009 r. Zważając jednak na fakt, że w świetle ww. zmian nie zachowuje już aktualności pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z 22 stycznia 2003 r. (I KZP 45/02, OSNKW z 2003 r., z. 1 2, poz. 7), wskazał jak w tezie. SN podkreślił, że w obowiązującej ustawie Prawo telekomunikacyjne uszczegółowiono i rozbudowano jednak czynności, które operatorzy i dostawcy mają wykonywać na własny koszt, dodając nowe przepisy, m.in. art. 180a – 180d. Przepisy art. 179 ust. 3b i art. 180a ust. 1 pkt 2 Prawa telekomunikacyjnego nakazują obecnie nie tylko utrwalanie danych na rzecz sądu i prokuratora, ale także udostępnianie na rzecz tych organów, na własny koszt, określonych w art. 180c danych. W konsekwencji to operatorzy publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązani są na własny koszt zarówno wyszukiwać dane, jak i tworzyć ich zestawienia. Sąd Naj-

wyższy wskazał jednak na wątpliwości co do tego, czy udostępnianie obejmuje także koszty wydruków i przesyłania danych uprawnionym podmiotom drogą pocztową, czy też wystarczy zgłosić gotowość ich udostępnienia w innej dowolnej formie, np. przez przeniesienie na nośniki elektroniczne lub odbiór w siedzibie operatora czy dostawcy, tym bardziej że w art. 180a ust. 7 Prawa telekomunikacyjnego ustawodawca przewidział możliwość udostępniania danych za pomocą sieci telekomunikacyjnej. Podkreślił zatem słusznie, że tylko w tej formie ustawodawca uznał wyrażenie, iż przekazanie (przesłanie) tych danych stanowi ich udostępnianie w rozumieniu art. 180a ust. 1 pkt 1 cyt. ustawy.

Uchwała SN z 25 marca 2010 r. (I KZP 36/09)

W postępowaniu kasacyjnym nie jest możliwe uchylenie orzeczenia wyłącznie w części, której orzeczenie to nie zawiera, a więc co do braku w nim rozstrzygnięcia w kwestii środka karnego lub

kary, którego umieszczenie było obowiązkiem sądu, gdyż przedmiotem zaskarżenia i zarzutu, a w konsekwencji uchylenia orzeczenia można uczynić tylko tę jego zaskarżoną część, która obarczona jest owym brakiem, a uchylenie powinno wówczas nastąpić w zakresie umożliwiającym usunięcie tego uchybienia.

Sąd Najwyższy odniósł się do kwestii związanej z dopuszczalnością uchylenia na etapie postępowania kasacyjnego orzeczenia w tej części, w której nie zawiera ono rozstrzygnięcia co do środka karnego lub kary. Podkreślił, że rozstrzygnięcie „co do kary i środków karnych” może składać się z szeregu jednostkowych rozstrzygnięć wynikających ze złożoności przedmiotowej i podmiotowej procesu, ale każde z nich stanowi element „rozstrzygnięcia sądu” w rozumieniu art. 413 § 1 pkt 5 k.p.k. (i art. 458 k.p.k.), czyli jego „część”, będąc jednocześnie jeszcze mniejszą częścią, ale jednak częścią, samego wyroku. To samo odnosi się do pozostałych decyzji karnoprosesowych, które przedmiotowo mogą być również złożone. Wątpliwości powstać mogą, gdy w orzeczeniu brak jest określonego, wymaganego przez ustawę, rozstrzygnięcia.

Sąd Najwyższy wskazał, że skoro sam przepis w tym wypadku nie zawiera żadnych ograniczeń, to możliwy jest zarówno środek zaskarżenia odnośnie do pozytywnego rozstrzygnięcia, z którym skarżący się nie zgadza, jak i środek skierowany właśnie prze-

ciwko brakującej w orzeczeniu, a wymaganej przez prawo, jego części, czyli braku określonego rozstrzygnięcia. Istota sprowadza się jednak do pytania, co w istocie oznacza prawną możliwość takiego zakresowego zaskarżenia orzeczenia, skoro chodzi o „część” w nim nieistniejącą. Na gruncie kasacji należy mieć też za względnie, że skarży się nią prawomocne orzeczenie, a więc jego prawomocne rozstrzygnięcia. Trudno zaś cechę prawomocności odnosić do tego, czego w orzeczeniu tym brakuje. W konsekwencji skarży się zawsze nie to, czego w orzeczeniu nie ma, lecz to, co w nim jest, w tym także dlatego, że nie odpowiada ono w określonym zakresie wymogom prawa, czyli ma określone braki. Można więc zaskarżyć orzeczenie z powodu braku w nim wymaganego rozstrzygnięcia, ale nie sam ów brak, gdyż brak ten nie jest sam w sobie „częścią” orzeczenia, której w tym zakresie nie ma. Brak taki, jeżeli zaistniał, to wystąpił on w określonej prawem części orzeczenia w rozumieniu wymogów wskazanych w art. 94 lub 413 k.p.k. (w zw. z art. 458 k.p.k.) i to ta część w związku z podniesionym uchybieniem powinna być zaskarżona i poddana kontroli w trybie środka zaskarżenia.

Powyższe, jak wskazuje SN, oznacza, że kontrolą sądu rozpoznającego środek zaskarżenia (apelację, kasację) dotyczący tylko „części” orzeczenia z uwagi na jej niepełność, a nie całości wydane go orzeczenia, objęta jest, z punktu widzenia granic zaskarżenia, taka istniejąca część tego orzeczenia,

która wynika z tego środka, ale nie tylko wprost, lecz także przez odczytanie go z uwzględnieniem art. 427 § 1 k.p.k. oraz w aspekcie całości tego oświadczenia (art. 118 § 1 k.p.k.), bez względu przy tym na to, czy jest to środek na korzyść, czy na niekorzyść oskarżonego.

Przez zaskarżenie wyroku „w części dotyczącej orzeczenia o środkach karnych” lub „części dotyczącej środków karnych” albo „w części dotyczącej środka karnego”, z zarzutem nieorzeczenia jednego z kilku, a więc wszystkich wymaganych przez prawo karne takich środków, należy rozumieć, że zaskarżono ten wyrok w części dotyczącej „rozstrzygnięcia (...) co do środków karnych”, którego wymaga art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k. (i odpowiednio art. 458 k.p.k.), a nie w części braku orzeczenia takiego środka, czyli części nieistniejącej w tym orzeczeniu. Jeżeli natomiast przy podobnym zarzucie lub zarzucie nieorzeczenia jednego tylko przewidzianego przez prawo obligatoryjnego środka karnego zaskarżono wyrok „w części dotyczącej orzeczenia o karze”, to wyrok ten jest zaskarżony „co do kary” z uwzględnieniem art. 447 § 2 k.p.k., a tym samym obejmuje on „rozstrzygnięcie co do kary i środków karnych” w rozumieniu wskazanego już art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k.

Sąd Najwyższy podkreślił, iż nie jest trafne twierdzenie, że uchylenie wyroku jedynie w części samego braku określonego rozstrzygnięcia powoduje, iż usunięty zostaje z prawomocnego wyroku stan nieistnienia w nim pożądanego przez prawo

orzeczenia, gdyż uchylenie takie niczego jeszcze nie usuwa, a wyrok sądu kasacyjnego otwiera jedynie drogę do usunięcia zaistniałego uchybienia. Należy tu zauważyć, że to dopiero uchylenie obejmujące nie ów brak, lecz tę część orzeczenia, w której brak ten tkwi, eliminuje wadliwy stan niepożądany przez przepisy prawa, jako że z chwilą uchylenia takiej części wyroku rzeczywiście przestaje ona istnieć.

Zatem w postępowaniu kasacyjnym nie jest możliwe uchylenie orzeczenia wyłącznie w części, której orzeczenie to nie zawiera, a więc co do braku w nim rozstrzygnięcia np. w kwestii środka karnego lub kary, którego umieszczenie było obowiązkiem sądu, ponieważ przedmiotem zaskarżenia i zarzutu, a w konsekwencji i uchylenia orzeczenia można uczynić tylko taką zaskarżoną jego część, która obarczona jest tym brakiem, uchylenie zaś winno wówczas nastąpić w zakresie umożliwiającym usunięcie tego uchybienia, a nie jedynie odnośnie do takiej części, która w orzeczeniu tym w ogóle nie istnieje.

Wyrok z 18 marca 2010 r. (IV KK 8/10)

Brak jest (...) prawnomaterialnych podstaw do orzekania kary łącznej co do kar zastępczych, wymierzonych w miejsce zasadniczych kar ograniczania wolności lub grzywny.

Sąd Najwyższy, uznając kasację za oczywiście zasadną przypo-

mniał, że dyspozycje art. 85 k.k. w zw. z art. 569 § 1 k.p.k. zobowiązują sąd do wymierzenia jednej kary łącznej w miejsce wszystkich kar jednostkowych, orzeczonych wyrokami, które wydane zostały za przestępstwa odpowiadające warunkom określonym w tych przepisach. W niniejszej sprawie wszystkie przestępstwa, wymienione w powołanych wyrokach zaskarżonego judykatu, zostały popełnione, zanim zapadł pierwszy uprawomocniony wyrok co do tych przestępstw. Oznaczało to obowiązek objęcia wyrokiem łącznym wszystkich trzech skazań i kar, któremu Sąd Rejonowy uchybił. Rażąco charakter miało też naruszenie art. 85 k.k. w części stanowiącej, że łączeniu podlegają kary tego samego rodzaju albo inne, lecz z mocy prawa objęte tą dyspozycją. Z treści art. 86–89 k.k. wynika, że łączyć można jedynie kary zasadnicze. Brak jest zatem prawnomaterialnych podstaw do orzekania kary łącznej co do kar zastępczych, wymierzonych w miejsce zasadniczych kar ograniczania wolności lub grzywny.

Zobacz też następujące tezy orzeczeń Sądu Najwyższego:

Postanowienie z 4 marca 2010 r. (V KK 225/09)

O wyjątkowej sytuacji, umożliwiającej prowadzenie odroczonej rozprawy w dalszym ciągu (art. 404 § 2 zd. 2 k.p.k.), można mówić zarówno wówczas, gdy okres odroczenia w niewielkim stopniu przekracza termin przerwy, jak i wtedy, gdy okres beczynności

sądu jest znacznie dłuższy, ale najistotniejsze dowody dla rozstrzygnięcia sprawy, co do których strony mogą się swobodnie wypowiedzieć, są przeprowadzone już po odroczeniu.

Wyrok z 11 marca 2010 r. (IV KK 13/10)

Wykładnia językowa (...) pojęcia („do zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej”) daje jednoznaczny wynik rozumienia normy prawnej określonej w art. 49a k.p.k. Przepis ten wprost określa, że pokrzywdzony może złożyć ów wniosek do zakończenia pierwszego przesłuchania. Skoro tak, to za pierwsze przesłuchanie uznawać należy pierwotne złożenie przez pokrzywdzonego zeznań w toku rozprawy. Natomiast każda następna rozprawa główna, rozpoczynająca się zgodnie z art. 381 § 1 k.p.k. od początku, będzie kolejną w danej sprawie rozprawą główną, a zatem każde następne wysłuchanie pokrzywdzonego nie będzie już traktowane jako „pierwsze, ale także jako – kolejne przesłuchanie”.

Pokrzywdzony jest uprawniony (oczekując pozytywnego rozstrzygnięcia) do złożenia wniosku o naprawienie szkody (art. 46 § 1 k.k.) przy pierwszym jedynie (następne będą musiały być rozumiane jako kolejne, zaistniałe po przeprowadzeniu innych podobnych) przesłuchaniu go (do jego zakończenia) w toku rozprawy głównej.

Postanowienie z 11 marca 2010 r. (V KK 344/09)

Znaczenie sfery podmiotowej z punktu widzenia tożsamości czynu jest relatywnie mniejsze, a określenie zamiaru, z jakim sprawca podjął swoje działanie, należy do obszaru ustaleń faktycznych, których ostateczny kształt zależy przede wszystkim od wyników procesu dowodzenia. Ustalenie w toku rozprawy innego zamiaru niż początkowo przyjęty w akcie oskarżenia może w sposób zasadniczy przebudować prawny obraz czynu będącego przedmiotem postępowania. Konsekwencje takiego stanu rzeczy – z punktu widzenia tożsamości czynu zarzuconego i przypisanego

– trzeba jednak każdorazowo analizować na gruncie konkretnego stanu faktycznego. Dopóki bowiem jest to zamiar odnoszony do tego samego zachowania podjętego przez sprawcę, odmienne ustalenie w tym zakresie modyfikuje wprawdzie, nieraz nawet znacząco, kwalifikację prawną, ale pozostaje bez związku z zagadnieniem tożsamości czynu.

Postanowienie z 25 marca 2010 r. (IV KK 316/09)

Dla przyznania statusu pokrzywdzonego konieczne jest prawidłowe rozpoznanie nie tylko ogólnego lub rodzajowego, ale indywidualnego przedmiotu ochrony analizowanej

normy karnej (niezależnie, czy chodzi o przedmiot główny czy uboczny), przy jednoczesnym uwzględnieniu, iż dany czyn może wypełniać znamiona więcej niż jednego przepisu ustawy lub obejmować przestępstwo współukarane. Kryterium bezpośrednio naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego danej osoby oznacza, że w relacji między czynem o konkretnych znamionach przestępstwa a naruszeniem lub zagrożeniem dobra tej osoby nie ma ogniw pośrednich, z czego wynika, że do kręgu pokrzywdzonych można zaliczyć tylko ten podmiot, którego dobro prawne zostało działaniem przestępnym naruszone wprost, a nie za pośrednictwem godzenia w inne dobro.

Andrzej Skoczylas (red.), Aleksandra Czajka, Wojciech Piątek

Przegląd orzecznictwa – prawo administracyjne

Uchwała siedmiu sędziów NSA z 7 grudnia 2009 r. (sygn. akt I OPS 9/09)

W sytuacji, w której po wniesieniu skargi kasacyjnej przez stronę Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności z Konstytucją RP aktu normatywnego, na podstawie którego zostało wydane zaskarżone orzeczenie, jeżeli niekonstytucyjny przepis nie został wskazany w podsta-

wach kasacyjnych, Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) powinien zastosować bezpośrednio przepisy art. 190 ust. 1 i 4 Konstytucji i uwzględnić wyrok Trybunału, nie będąc związany treścią art. 183 § 1 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270 ze zm., dalej p.p.s.a.).

Omawiana uchwała została podjęta z inicjatywy Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO), który działając na podstawie art. 264 § 2 p.p.s.a. zwrócił się do NSA z wnioskiem o rozstrzygnięcie następującego zagadnienia prawnego:

„Czy w sytuacji, w której po wniesieniu skargi kasacyjnej przez stronę Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) orzekł o niezgodności z Konstytucją RP aktu normatywnego, na podstawie któ-

rego zostało wydane zaskarżone orzeczenie, NSA jest związany treścią art. 183 § 1 p.p.s.a., czy też powinien zastosować bezpośrednio przepisy art. 190 ust. 1 i 4 Konstytucji?”

W uzasadnieniu RPO wskazał różniące się stanowiska NSA w interpretacji art. 183 § 1 p.p.s.a. w zw. z art. 190 ust. 1 i 4 Konstytucji, z jednej strony dopuszczające, a nawet obligujące NSA do uwzględnienia w swoim orzeczeniu wyroku TK o niezgodności z Konstytucją przepisu ustawy, który miał zastosowanie w sprawie niezależnie od podstaw, na jakich została oparta skarga kasacyjna, a z drugiej strony negujące możliwość uzupełnienia skargi kasacyjnej o nowe zarzuty po upływie terminu do jej wniesienia.

NSA podejmując powyższą uchwałę odnoszącą się do nietypowej sytuacji procesowej, kiedy to po upływie terminu do wniesienia skargi kasacyjnej, a zarazem przed zapadnięciem wyroku sądu II instancji TK orzekł o niekonstytucyjności znajdujących zastosowanie w sprawie norm, opowiedział się za pierwszym z powyższych stanowisk. W jej uzasadnieniu NSA zauważył, że zasadniczo kognicja tego sądu nie obejmuje kontroli wadliwości orzeczenia sądu I instancji w kierunku niewskazanym w skardze kasacyjnej, niemniej NSA zobowiązany jest w każdej sytuacji wziąć pod uwagę nieważność postępowania, co stanowi istotny wyłom od zasady związania granicami skargi kasacyjnej. Poszukując rozwiązania przedstawionego za-

gadnienia prawnego, NSA odwołał się do art. 190 ust. 1 i 4 Konstytucji wskazując, że zawiera on wprawdzie nie wysłowioną wprost, lecz zakodowaną normę prawną odnoszącą się do spraw w toku, obligującą sądy do uwzględniania istniejącego stanu niekonstytucyjności w postępowaniach niezakończonych prawomocnym rozstrzygnięciem. Akceptacja odmiennego poglądu uniemożliwiłaby operacjonalizację art. 8 ust. 2 Konstytucji w odniesieniu do sądów jako władzy publicznej, utrudniałaby przywrócenie stanu konstytucyjności oraz realizację zasady demokratycznego państwa prawnego. Za słusznością powyższego stanowiska przemawia również to, że z uwagi na bieg terminów procesowych skarżący wnosząc skargę kasacyjną częstokroć tracą możliwość złożenia skargi o wznowienie postępowania na podstawie art. 145a k.p.a. i art. 272 p.p.s.a. W czasie, kiedy należało wnieść takie skargi, sprawa oczekiwała na rozpoznanie w NSA, co wykluczało wznowienie postępowania z uwagi na zawisłość sprawy sądowoadministracyjnej.

Stanowisko NSA wyrażone w powyższej uchwale trzeba podzielić z kilku względów. Po pierwsze, stanowi ono wyraz należytej każdemu obywatelowi ochrony przed niezawinionymi skutkami skomplikowanej sytuacji prawnej, w jakiej się znalazł. Sprawiedliwe ukształtowanie reguł postępowania ma szczególnie doniosłe znaczenie w zakresie kontaktów obywatela z administracją publiczną, gdy niedostatek określonych standar-

dów proceduralnych może doprowadzić do pomnożenia negatywnych konsekwencji prawnych dla słabszej strony tego stosunku, którą pozostaje właśnie obywatel. Po drugie, przedstawiana uchwała daje prymat jak najszerszemu dążeniu do uzyskania przez wydawane orzeczenia stanu zgodności z prawem wyższego rzędu. Po trzecie, poprzez odwołanie się do tzw. wykładni prokonstytucyjnej, eliminuje lukę prawną w tym zakresie. Dzięki normom konstytucyjnym luka ta okazała się pozorna, a system prawny zachował swoją spójność. Po czwarte, nie pozostaje w sprzeczności z art. 183 § 1 p.p.s.a., tylko podobnie jak art. 186 p.p.s.a., stanowi wyjątek od zasady związania NSA granicami skargi kasacyjnej.

Opracował: Wojciech Piątek

Postanowienie NSA z 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt II FSK 67/o8)

Artykuł 58 § 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.) nakłada na sąd administracyjny obowiązek przejęcia sprawy, w której sąd powszechny uznał się za niewłaściwy, nie nakłada natomiast obowiązku jej merytorycznego rozstrzygnięcia. Jednostkowe (oczywiście błędne) uznanie się przez sąd powszechny niewłaściwym nie jest bowiem równoznaczne z tym, iż właściwy będzie sąd administracyjny. Takie przekazanie nie może stwarzać dla sądu administracyjnego

uprawnienia prawokształtującego poprzez kreowanie nowej własności, w sytuacji gdy sąd ten pomimo przekazania sprawy pozostaje dalej niewłaściwy.

W rozpoznawanej sprawie NSA zmierzył się z zagadnieniem stosowania reguły kolizyjnej przewidzianej w art. 58 § 4 p.p.s.a.. Reguła ta znajduje zastosowanie w razie powstania sporu kompetencyjnego i nakazuje sądowi administracyjnemu uznanie swojej właściwości w sprawie, jeżeli wcześniej sąd powszechny uznał się za niewłaściwy¹. Stosowne unormowanie obowiązuje także na gruncie procedury cywilnej. Artykuł 199 k.p.c. stanowi, że „sąd powszechny nie może odrzucić pozwu z tego powodu, że do rozpoznania sprawy właściwy jest organ administracji publicznej lub sąd administracyjny, jeżeli organ administracji publicznej lub sąd administracyjny uznały się w tej sprawie za niewłaściwe”.

Przyjęte w procedurze sądownoadministracyjnej rozwiązanie ma zapobiegać negatywnym sporom o właściwość między sądami administracyjnymi i sądami powszechnymi. Pomimo słuszności założenia o potrzebie unormowania reguł rozstrzygania takich sporów, sposób zredagowania analizowanego przepisu art. 58 § 4 p.p.s.a. budzi wiele zastrzeżeń i wątpliwości (zob. A. Kabat (w:) B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, A. Niezgódka- Medek, *Prawo*

o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz, Zakamycze 2006, s. 153).

Jak przekonuje B. Adamiak, „sprawy sporów o właściwość wynikają z braku przejrzystych rozwiązań w przepisach prawa, których zastosowanie budzi wątpliwość. Trudno ocenić pozytywnie rozwiązanie, w którym sąd powszechny jednostronnie przesądza o właściwości sądu administracyjnego”².

Pomimo licznych kontrowersji nie sposób zaprzeczyć, że pozytywną stroną przyjętego rozwiązania i jednocześnie *ratio legis* reguły kolizyjnej z art. 58 § 4 p.p.s.a. jest zapewnienie jednostce prawa do sądu. Rzeczywista i pełna realizacja uprawnień wyrażonych w art. 45 oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji wymaga, by nawet przy błędnym uznaniu swej niewłaściwości przez sąd powszechny, nie pozbawiać jednostki ochrony prawnej i umożliwić jej obronę swych interesów w postępowaniu przed sądem administracyjnym.

Skoro nie ulega wątpliwości, że „prawo do sądu nie jest łaską ustawodawcy, lecz fundamentalnym uprawnieniem, którego ustawy nie mogą ograniczać, a jedynie wskazywać drogę jego realizacji”³, tym bardziej trudno zrozumieć, na jakiej podstawie NSA przyjął w rozpoznawanej sprawie, że art. 58 § 4 p.p.s.a. nakłada na sąd administracyjny

ny jedynie obowiązek przejścia sprawy, w której sąd powszechny uznał się za niewłaściwy, nie nakłada natomiast obowiązku jej merytorycznego rozstrzygnięcia.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem WSA w Białymstoku⁴, że „literalna wykładnia art. 58 § 4 p.p.s.a. nie pozwala sądowi wyłącznie na odrzucenie skargi, a to oznacza, że sąd administracyjny ma nakaz oceny legalności decyzji i zastosowania wobec niej środków przewidzianych art. 145 p.p.s.a.”. Innymi słowy, sąd administracyjny ma obowiązek merytorycznego rozpoznania sprawy.

W przedmiotowej sprawie NSA powołuje się na akceptowany w doktrynie pogląd, że prawo do sądu nie może mieć charakteru absolutnego. Pogląd ten, w swej istocie słuszny, nie ma zastosowania na gruncie rozpoznawanej sprawy, bowiem dotyczy on tylko sytuacji, gdy „zachodzi niedopuszczalność drogi sądowej jako takiej (...), a sprawa ze swej istoty nie powinna być rozpoznawana przez żaden organ czy sąd”⁵. Trudno natomiast sobie wyobrazić, by w przedmiocie wniosku o nadanie klauzuli wykonalności wyrokowi sądu administracyjnego zasądzającemu koszty postępowania zachodziła generalna niedopuszczalność drogi sądowej.

Za błędną należy także uznać przyjętą przez sąd podstawę umorzenia postępowania – jego bez-

1 J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 179.

2 B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowo administracyjne*, Warszawa 2005, s. 434.

3 Postanowienie SN z 18 listopada 2008 r., II CSK 303/08, LEX nr 487512.

4 Wyrok z 5 lutego 2009 r., II SA/Bk 733/08, LEX 510256.

5 R. Lewicka, *Realizacja prawa do sądu a spory kompetencyjne w świetle nowych regulacji prawnych*, PiP 2004, nr 11, s. 64.

przedmiotowość. Przedmiotem postępowania był właśnie wniosek o nadanie wyrokowi klauzuli wykonalności. Ewentualną przyczyną bezprzedmiotowości mogło być cofnięcie tego wniosku, co jednak nie miało miejsca.

Skoro podstawą podjęcia przez NSA przedmiotowego

rozstrzygnięcia był argument, że sąd ten, pomimo przekazania mu sprawy pozostaje dalej niewłaściwy i ewentualne jego orzeczenie merytoryczne byłoby dotknięte wadą „niewłaściwości” – to w rzeczywistości sąd ten dopuścił się pogwałcenia konstytucyjnego prawa do sądu oraz nie-

dopuszczalnego obejścia art. 58 § 4 p.p.s.a., tj. zakazu odrzucania skargi z powodu niewłaściwości drogi sądowoadministracyjnej w sytuacji, gdy w danej sprawie sąd powszechny uznał się za niewłaściwy.

Opracowała: Aleksandra Czajka

Mariusz Stanik

Przegląd orzecznictwa – prawo prywatne

***Uchwała Sądu
Najwyższego
z 24 lutego 2010 r.
(sygn. akt III CZP 123/09)***

Sprawa o odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego podlega rozpoznaniu w postępowaniu uproszczonym, chyba że wartość przedmiotu sporu przekracza kwotę określoną w art. 505¹ pkt 1 k.p.c.

W uzasadnieniu przedmiotowej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził, że dla oceny przedstawionej mu sprawy „decydujące znaczenie ma stosunek wynikania zachodzący pomiędzy roszczeniem o naprawienie szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania umownego a umową, będącą źródłem zobowiąza-

nia. Właśnie węzeł obligacyjny (umowa) jest normatywnym podłożem tego roszczenia, więc fakt, że roszczenie ma swoją bezpośrednią podstawę w przepisie ustawy (art. 471 k.c.) schodzi przy tej ocenie na plan dalszy”. Sąd Najwyższy zwrócił również uwagę, że „w świetle art. 505¹ pkt 1 *in medio* k.p.c., sprawami wynikającymi z umów są także sprawy wynikające z rękojmi lub z niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową sprzedaży konsumenckiej, a więc sprawy, których przedmiotem są roszczenia wynikające bezpośrednio z ustawy, a nie z umowy (...). W tej sytuacji, skoro sam ustawodawca zalicza niektóre roszczenia mające swą podstawę w przepisach ustawy do roszczeń wynikających z umowy w rozumieniu art. 505¹ k.p.c. – choćby w tej umowie nie miały bezpośredniego zakotwiczenia – to staje się jasne,

że sprawy o odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego, mające źródło w art. 471 k.c., więc w reżimie odpowiedzialności ustawowej, tym bardziej do tych roszczeń należą”.

Przedmiotowa uchwała rozstrzyga, że w sprawach wszelkich roszczeń, których bezpośrednia podstawa prawna znajduje się co prawda w ustawie, ale których „normatywnym podłożem” jest umowa, trybem właściwym (oczywiście przy spełnieniu warunku co do wartości przedmiotu sporu) jest postępowanie uproszczone, i jako taka uchwała ta ma niebagatelne znaczenie dla praktyki procesowej.

***Uchwała Sądu
Najwyższego
z 19 marca 2010 r. (sygn.
akt III CZP 6/10)***

Bankowemu tytułowi egzekucyjnemu może być nadana klauzula wykonalności, jeżeli w tytule tym czynność bankowa, z której wynikają dochodzone roszczenia, wskazana jest w sposób umożliwiający jej zindywidualizowanie i zakwalifikowanie jako czynności bankowej.

W uzasadnieniu analizowanej uchwały Sąd Najwyższy wskazał, że „artykuł 96 ust. 1 Pr. bank. stanowi, że obok innych wymienionych w tym przepisie warunków, którym powinien odpowiadać bankowy tytuł egzekucyjny, powinien «on zawierać oznaczenie czynności bankowej, z której wynikają dochodzone roszczenia»”. Zagadnienie prawne przedstawione do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu sprowadzało się zatem w istocie do kwestii „prawidłowości oznaczenia w bankowym tytule egzekucyjnym czynności bankowej, z której wynika dochodzone roszczenie”. Sąd Najwyższy, podejmując analizowaną uchwałę, miał przy tym na uwadze zarówno wyjątkowość przywileju, jakim są przepisy o bankowym tytule egzekucyjnym, jak i „realia współczesnego obrotu finansowego i szczególnie charakter instrumentów, którymi posługują się banki w swojej działalności”, które to okoliczności powinna uwzględnić – zdaniem Sądu – wykładnia przepisów o bankowym tytule

egzekucyjnym. W związku z powyższym Sąd Najwyższy stwierdził, że „w bankowym tytule egzekucyjnym »oznaczenie czynności bankowej, z której wynikają dochodzone roszczenia« powinno być zatem dokonane przez takie oznaczenie czynności, które pozwoli na zakwalifikowanie jej jako jednej z czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 lub 2 Pr. bank.”, przy czym „okoliczność, że terminologia użyta w tych przepisach i określenie przez nie niektórych czynności bankowych w sposób ogólny, mogą być źródłem trudności z takim zakwalifikowaniem, nie zwalnia od jego dokonania”. W konsekwencji Sąd Najwyższy stwierdził, iż „dla spełnienia warunku oznaczenia w bankowym tytule egzekucyjnym czynności bankowej, z której wynika dochodzone roszczenie, nie jest jednakże wystarczające oznaczenie czynności przez wskazanie, że jest to jedna z czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 lub 2 Pr. bank. chodzi o oznaczenie w bankowym tytule egzekucyjnym czynności bankowej rozumianej jako czynność prawna. Konieczne jest więc wskazanie stosunku zobowiązaniowego, tworzącego źródło roszczenia banku objętego bankowym tytułem egzekucyjnym, i to tak określonego, żeby umożliwiał zindywidualizowanie tego stosunku”, co „ma na celu wskazanie dłużnikowi, jaka czynność bankowa jest źródłem jego długu względem banku, co przy wielości czynności dokonywanych przez bank w sto-

sunku do danego dłużnika może dla niego nie być oczywiste”.

Przedmiotowa uchwała dokonuje interpretacji użytego w art. 96 ust. 1 Pr. bank. sformułowania „oznaczenie czynności bankowej, z której wynikają dochodzone roszczenia”, które to „oznaczenie” jest jednym z warunków, jakim powinien odpowiadać bankowy tytuł egzekucyjny. Tym samym analizowana uchwała ma praktyczne znaczenie zarówno dla banków, jako beneficjentów omawianego przywileju, jak też dla sądów orzekających w tzw. postępowaniu klauzulowym.

***Uchwała składu
siedmiu sędziów Sądu
Najwyższego
z 20 kwietnia 2010 r.
(sygn. akt III CZP 112/09)***

Niewzięcie przez zainteresowanego udziału w sprawie rozpoznawanej w postępowaniu nieprocesowym nie powoduje nieważności postępowania. Uchwale nadano moc zasady prawnej.

Zagadnienie prawne przedstawione do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu dotyczyło nieważności postępowania w sprawie o stwierdzenie zasiedzenia. Niemniej jednak Sąd stwierdził, iż pytanie to „ma walor uniwersalny, jest bowiem w istocie pytaniem ogólnym, obejmującym skutki niewzięcia przez zainteresowanego – wbrew wymaganiom przewidzianym w art. 510 k.p.c. – udziału w jakiegokolwiek sprawie rozpoznawanej w postępowaniu

nieprocesowym”. Po pierwsze, Sąd Najwyższy, odwołując się do art. 379 pkt 5 k.p.c. (który to przepis „stwierdza, że nieważność postępowania zachodzi wtedy, gdy strona została pozbawiona możliwości obrony swych praw”), zauważył, że „nieważność postępowania z powodu pozbawienia możliwości obrony praw zachodzi zatem tylko w stosunku do strony w znaczeniu prawnotechnicznym, a nie w stosunku do podmiotu, który nie uzyskał przymiotu strony, choćby postępowanie bezpośrednio go dotyczyło. Inaczej mówiąc, nie można mówić o pozbawieniu możliwości obrony swych praw strony, której brak”. Po drugie, Sąd Najwyższy stwierdził, że „argument przesądzający, przemawiający przeciwko nieważności postępowania nieprocesowego w omawianym przypadku, wynika z art. 524 § 2 k.p.c., zgodnie z którym – inaczej niż w proce-

sie – osoba zainteresowana, niebędąca uczestnikiem postępowania zakończonego prawomocnym postanowieniem orzekającym co do istoty sprawy, może żądać wznowienia postępowania, jeżeli postanowienie to narusza jej prawa”. Po trzecie wreszcie, Sąd Najwyższy wskazał, że „przedstawione stanowisko doznaje mocnego wsparcia w postulatcie ścisłej, deklaratywnej wykładni przepisów o nieważności postępowania oraz w specyfice postępowania nieprocesowego, które nie jest postępowaniem dwustronnym, lecz – z reguły – wielopodmiotowym, skupiającym w niektórych wypadkach znaczną liczbę zainteresowanych; ustalenie ich wszystkich i wezwanie w charakterze uczestników może być niekiedy obiektywnie niemożliwe lub bardzo utrudnione, w związku z czym rygor nieważności, zwłaszcza na skutek niewzięcia udziału

w postępowaniu przez osoby tylko »formalnie« zainteresowane, bez jakiegokolwiek uszczerbku w materialnej sferze ich praw, stwarzałby poważne zagrożenie dla stabilności i pewności orzeczeń”.

Przedmiotowa uchwała, której Sąd nadał moc zasady prawnej, ostatecznie rozstrzyga istniejący w doktrynie prawa spór co do skutków wynikających z niewzięcia przez zainteresowanego udziału w sprawie rozpoznawanej w postępowaniu nieprocesowym wskazując, iż okoliczność taka nie powoduje nieważności postępowania. Analizowana uchwała kończy tym samym również rozbieżności w orzecznictwie samego Sądu Najwyższego w omawianym zakresie (por. np. postanowienia: z 10 listopada 2004 r., II CK 185/04, z 22 stycznia 2009 r., III CSK 287/08, z 23 września 1999 r., III CKN 352/98, i z 18 lutego 1998 r., I CKN 496/97).